인권정보자료실
SAf1.5
SAf 1.5

公安資料集 第6卷

各國의 公安關係法律

민주주의법학연구회

大 檢 察 廳

公安資料集 第6卷

各國의 公安關係法律

인권정보자료실
SAf1.5

검찰

公安資料集 第6卷

各國의 公安關係法律

민주주의법학연구회

大 檢 察 廳

發　刊　辭

우리의 조국은 南北 分斷狀態가 半世紀 가까이 계속되고 있으며, 북한은 그들의 對南赤化野慾을 한 번도 포기하지 않은 채 우리 自由民主體制의 顚覆만을 줄기차게 기도하고 있습니다. 북한과 대치하고 있는 특수상황 아래서 이들의 다양한 間接侵略戰術에 효과적으로 대처하기 위하여 制定되었던 法律이 바로 國家保安法이었습니다.

統一의 그날, 南北이 하나로 될 때까지만 그 존치가 필요하다는 점에서 限時的 性格을 가지긴 하나, 북한의 흉계와 우리 사회 일각에 심각하게 침투하여 있는 左傾勢力擴散을 방지하고 우리의 존립기반인 自由民主體制를 守護하기 위한 法은 반드시 있어야 하겠습니다.

근래 國家保安法의 存廢問題가 거론되고 있고, 國會에서는 이에 관한 논의가 진행중이며, 一部 條項에 관하여는 憲法裁判所에 違憲法律申請까지 提請되고 있는 실정입니다.

과연 현행 國家保安法은 改廢되어야만 하는가. 그 解答에 앞서, 우리는 世界의 다른 나라들은 自國의 安保와 體制維持를 위하여 어떠한 法體系를 가지고 있는지 한 번쯤 살펴 볼 필요가 있다 하겠습니다.

이 책은 第1編에서 分斷狀況이 우리와 유사한 서독의 刑法 중 公安과 관련이 있는 條文을 발췌하여 소개하고 이에 대한 學者들의 註釋을 첨부하였으며, 第2編에서는 일본, 미국, 서독, 프랑스,

오스트리아 등 여러나라의 公安關係法律 및 主要 公安關聯規定을 골라 실었습니다. 이들 法制에서 우리는 많은 示唆를 얻게 될 것으로 확신합니다.

南北交流의 물꼬가 일부 트이고 있다 해서 對決의 相對로서의 북한이 곧바로 和解와 同伴의 당사자가 되는 것으로 速斷하는 것은 禁物입니다. 또한 南北統一이 한 두 사람의 힘에 의해 앞당겨질 수 없다는 엄연한 現實도 直視하여야 하겠습니다. 우리는 民主化를 하되 共產主義를 이기는 民主化가 필요한 것이지 共產主義에 패배하는 民主化는 결코 용납되어서는 아니된다는 점도 명심하여야 할 것입니다.

아무쪼록 이 책자의 發刊이 自由民主體制의 守護를 위해 다소나마 보탬이 되었으면 하고 바라는 마음 간절합니다.

1989. 6. .

大檢察廳 公安部

目 次

第1編 西獨刑法解說

第1章 各論總說 …… 7

第2章 平和攪亂 및 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪 …… 21

第1節 平和攪亂罪

侵略戰爭의 豫備 …… 21

侵略戰爭의 煽動 …… 23

第2節 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪

違憲宣言된 政黨의 持續 …… 25

結社禁止에 대한 違反 …… 34

違憲的 組織의 宣傳手段의 頒布 …… 38

違憲組織標識의 使用 …… 44

怠業目的의 諜報活動 …… 49

憲法에 反하는 怠業 …… 56

聯邦軍 및 公安機關에 대한 憲法에 反하는 作業 …… 62

槪念 規定 …… 66

第3章 背反 및 外的安全을 危殆롭게 하는 罪 …… 71

第1節 國家機密의 漏泄등

國家機密의 定義 …… 71

背反罪 …… 82

國家機密의 漏泄 …… 91
背反的 探知, 國家機密의 通知 …… 97
國家機密의 放棄 …… 99
不法的인 秘密의 漏泄 …… 103
第 2 節 他國을 위한 諜報活動등
背反的 諜報活動 …… 107
密偵式의 間諜行爲 …… 118
平和를 위태롭게 하는 關係 …… 135
國家背反的 僞造 …… 139
第 4 章 憲法機關에 대한 犯罪行爲
憲法機關에 대한 脅迫 …… 145
禁制區域 侵害 …… 149
立法機關 活動의 攪亂 …… 151
第 5 章 國防에 대한 犯罪行爲
安全을 위태롭게 하는 情報活動 …… 153
安全을 위태롭게 하는 寫生 …… 156
第 6 章 國家權力에 대한 反抗
犯罪行爲의 公然煽動 …… 163
第 7 章 公共秩序에 대한 犯罪行爲
武裝集團의 組織 …… 172
暴力의 讚揚, 人種的 憎惡心의 煽動 …… 178

第 2 編 主要國家의 公安關係法律
〔日本〕
破壞活動防止法 …… 193
火焰瓶의使用等의處罰에관한法律 …… 208
〔美國〕
顚覆活動統制法(國內安全法) …… 209
共產主義者 統制法 …… 228
反逆·內亂 기타 國家顚覆活動에 대한 一般條項 …… 232
〔西獨〕
公共結社權의規制에관한法律(結社法) …… 242
集會및示威에관한法律(集示法) …… 259
〔프랑스 刑法〕 …… 269
〔오스트리아 刑法〕 …… 279

부 록

북한형법 …… 287

第1編　西　獨　刑　法　解　説

第1章 各 論 總 說

Ⅰ. 各論의 앞 部分 두 章은 國家保護에 관한 處罰條項을 規定하고 있다. 이 條項들은 第8次 刑法改正法律에 의하여 새로 規定되어 그후 第1次 刑法改正에 관한 法律, 刑法施行法, 第14次 및 第21次 刑法改正法律을 통하여 조금씩 改正되었다.

保護法益은 무엇보다도 國家의 存立과 國家의 內·外的 安全 및 國家의 憲法秩序이다.

Ⅱ. 現行法은 平和攪亂罪(第80條, 第80條의 a), 內亂罪(第81條 以下), 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪(第84條 以下) 및 背叛罪(第93條 以下)를 區分하여 規定하고 있다.

平和攪亂罪와 背叛罪가 他國에 대한 獨逸聯邦共和國의 地位를 目標로 하고 있음에 반하여 內亂罪와 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪는 國家의 內的安全을 目標로 하고 있다.

內亂罪가 領土內亂과 憲法內亂의 형태로 獨逸聯邦共和國과 각 州의 領土的·憲法的 存立을 侵害하는 것이라면, 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪의 構成要件은 內亂의 手段(暴力 또는 暴力을 수반하는 위협)이 아닌 다른 性格의 手段으로 國家의 內的安全을 위태롭게 하는 行爲를 規制하기 위하여 規定되어 있다.

이 構成要件들은 破壞的 活動, 不法的 政治宣傳 및 公安機關의 解體를 막아 國家를 보호하며 獨逸聯邦共和國과 그 國家機關의 道德的 崩壞를 방지한다.

Ⅲ. 保護客體를 規定함에 있어 第80條 이하에서 일부 規定은 "獨逸聯邦共和國의 存立", "獨逸聯邦共和國의 安全", "憲法의 基本原則"이라는 용어를 사용하고 있으며, 다른 일부 規定은 內亂罪나 憲法機關의 誹謗罪에서와 같이 각 州들을 포함시키고 있다.

이로 인하여 法律이 오로지 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全에 관해서만 規定하고 있을 경우 각 州도 第80條 이하의 保護를 받을 수 있느냐 그리고 어떤 범위에서 保護받을 수 있느냐의 問題가 제기된다.

聯邦에 대한 內亂과 州에 대한 內亂(第81條, 第82條)을 明文으로 따로 規定하고 있는 점과 第92條 第3項의 法的概念定義를 고려하면 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全이 問題인 경우에는 각 州는 포함되지 아니한다.

獨逸聯邦共和國의 각 州의 存立이나 內的安全을 侵害한다는 것은 또한 聯邦의 存立이나 內的安全을 侵害하는 것이기 때문에 이러한 사실은 실제상 별로 의미가 없다. 憲法의 基本原則에 있어서는 第92條에서 열거하고 있는 것은 基本法 第28條, 第31條에 의하여 각 州에도 適用되며, 따라서 國家保護는 이러한 方法에 의하여 聯邦과 州의 경우에 공통적으로 연결되는 것이다.

Ⅳ. 소위 政黨特權: 基本法 第21條 第2項이 政黨의 憲法違反에 관한 決定은 聯邦憲法裁判所의 管轄事項으로 규정하고 있고 다른 한편 第80條 이하 일부 규정이 憲法의 基本原則에 반

하는 企圖를 전제하고 있기 때문에, 금지되지 아니한 政黨의 간부나 構成員으로서 第80條 이하에서 規定하는 行爲를 범한 행위자에 대하여 刑事部 判事가 이러한 構成要件들을 어떤 範圍內에서 適用할 수 있는지가 문제된다.

基本法 第21條는 文言上 단순히 管轄規定에 불과함에도 불구하고 聯邦憲法裁判所는 이 規定으로부터 禁止되지 아니한 政黨은 그 존속이 확실히 保障되어야 하고 어떠한 경우에도 그 活動이 保障되어야 한다는 原則을 도출해 내었다.

第84條 내지 第86條의 a는 政黨의 禁止가 確定된 연후에야 비로소 그 政黨을 위한 活動이 可罰的이라고 함으로써 이러한 입장을 표명하고 있다.

政黨特權이 그밖에 第80條 이하의 다른 構成要件도 제한하는지, 어느 정도 제한하는지가 問題된다.

1. 그 解答은 基本法 第21條 第2項의 意義에 달려 있다.

基本法 第21條 第2項은 政黨의 政治的 目的이 憲法違反이라는 이유를 제시하여 모든 判事가 항상 政黨의 政治的 活動에 간섭하여 저지할 수 있는 것은 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 마찬가지로 政黨의 活動에 있어서 政黨의 간부나 그 구성원이 방해받지 않아야 한다. 그 이유는 그렇지 아니할 경우에는 政黨에게 보장해 준 保護가 유명무실해질 것이기 때문이다. 따라서 政黨關係자가 단순히 反憲法的인 政黨目的을 추구한다는 이유만으로 刑事責任을 지는 것은 부당하다. 다른 한편 이들은 一般的으로 허용되는 方法

으로만 政黨活動을 하여야 하기 때문에 一般刑法을 違反하는 한 어떠한 特典도 향유할 수 없다.

그러기 때문에 예컨대, 侮辱罪의 구성요건은 政黨이 그 政治的 目的을 추구하기 위하여 名譽를 毁損한다고 하더라도 제한되지 아니한다. 一般 刑法은 설사 그것이 國家保護를 위한 것이라고 하더라도 政黨特權에 관해서는 침묵을 지키고 있다.

一般刑法이란 우선 그 構成要件에 反憲法性을 전제하지 아니하는 모든 處罰規定을 말한다. 나아가서 그것에는 領土內亂의 경우처럼 客觀的 構成要件 要素가 反憲法性을 法律的으로 한정하는 處罰規定이 보충되어야 한다. 왜냐하면 여기에서는 立法者가 聯邦憲法 裁判所에 대해서는 아무것도 유보시킬 수 없다는 價値評價를 내렸기 때문이다. 反憲法的 傾向(憲法의 基本原則에 반하는 企圖 또는 憲法秩序의 變更)을 處罰根據로 하고 그 때문에 刑罰을 加重하는 處罰規定도 일반형법에 속하는 것인지는 역시 문제로 남는다. 聯邦憲法裁判所는 反憲法的 政黨目的을 수행하더라도 반드시 그 構成要件이 실현되지는 않지만 그러면서도 本質的으로 실현되고 그리고 특별히 反憲法性만을 處罰하는 것이 아니라 다른 不法要素도 刑法的 內容으로 하고 있는 그러한 모든 刑罰規定을 일반형법에 포함시키고 있다. 따라서 構成要件에 反憲法的 目的을 規定하고 있다는 이유만으로 政黨特權이 侵害되지 않는다. 聯邦軍隊의 소속원 또는 公安機關의

구성원에 대하여 作用하는 것은 고유한 의미에서 不法內容을 형성하기 때문에 第89條의 경우에는 政黨特權이 決定的인 것은 아니다. 憲法秩序를 侵害하는 비난받을 수단은 不法을 구성하기 때문에 內亂罪에 의한 處罰은 배제되지 아니한다. 이러한 해석은 第87條, 第88條 및 第90條의a 第1項과 第90條의b에서 정한 행위에도 適用된다. 이에 반하여 政黨特權은 바로 反憲法的 目的에 의하여 不法이 判定되는 경우에 그 效果를 발휘한다. 그렇기 때문에 政黨關係者는 자신이 소속하는 -政黨活動이 금지되지 않아 아직 存續하는- 政黨의 反憲法的 目標를 추구한다는 이유로 가중처벌되어서는 안된다. 따라서 政黨特權은 第90條 第3項 第2段 또는 第90條의a 第3項에 의한 刑의 加重에는 해당되지 아니한다.

2. 行爲者가 단순히 한 政黨의 所屬員 또는 幹部라거나 그의 目的設定이 政黨의 그것과 일치한다고 하여 構成要件을 充足시키지는 아니한다. 基本法 第21條의 제한은 行爲者가 대외적으로 認識할 수 있게 정당을 위하여 活動하였다거나(組織關聯行爲), 동시에 자신이 소속하는 政黨의 政治的 目的範圍 안에서 活動하였을 때에만 適用된다. 政黨特權은 그 때문에 行爲者가 政黨의 委任을 받았다고 하더라도 고유한 政黨領域 밖에서 행동하는 경우, 예컨대 초당파적인 혹은 政黨으로부터 獨立한 組織을 위하여, 혹은 政黨에 대한 종속성이 存在하는 한 어떠한 경우든 밖에서 볼 때 政黨에 속

하지 아니하는 組織, 특히 僞裝組織을 위하여 행동하는 경우에는 適用되지 아니한다.

政黨關係者가 자신이 속하는 政黨의 目的이나 計劃과 관련없는 個別行動을 企圖하는 경우에도 마찬가지로 政黨特權은 인정되지 아니한다.

個別行動이 政黨禁止의 正當化 事由가 되지 않는다면 그 個別行動은 政黨特權과 관련이 있는 것이다.

3. 政黨特權때문에 法律에 違反되지 아니한다고 잘못 認識한 경우에는 禁止錯誤가 문제된다.

Ⅴ. 國家保護에 관한 刑罰規定은 상호 競合할 수 있다. 따라서 예컨대 內亂罪와 背反罪 사이의 競合도 배제되지 아니한다.

急進政黨의 소속원이 國防을 약화시키기 위하여 하는 措置(安保機關의 施設에 대한 探知)는 단순한 背反罪에 해당될 뿐만 아니라 동시에 內亂罪의 豫備이다. 平和攪亂罪의 경우에도 동일하다. 금지된 政黨의 活動領域內에서 이러한 犯罪行爲가 행하여 진다면, 第84條 이하와는 想像的 競合關係에 있다.

마찬가지로 內亂罪를 예비하기 위하여 怠業行爲를 企圖하였거나(第87條 이하) 怠業行爲가 "政黨活動"에 속한다면 想像的 競合關係에 있다. 宣傳手段을 配布하거나 그 旗章을 게양함으로써 금지된 政黨을 지지한다면 마찬가지로 이들 行爲는 想像的 競合關係에 있다.

Ⅵ. 平和攪亂罪, 內亂罪, 國家를 위태롭게 하는 罪 또는 故意에 의한 背反罪로 6月以上의 自由刑을 宣告받으면, 聯邦中央登錄

簿(Bundeszentralregister)에서 그 前科記錄이 말소되지 아니하는 한 兵役義務法 第10條에 의한 兵役義務는 면제된다. 民防衛法 第9條에 의한 民防衛義務의 경우에도 마찬가지다. 公務員의 경우에는 公務員關係가 해소된다(聯邦公務員法 第48條).

Ⅶ. 規定外 人的·地域的 適用範圍

1. 國家公安犯罪의 일부에 대하여는 第5條 第1號 내지 第4號에 의하여 保護主義原則이 적용된다. 이러한 犯罪는 行爲者의 범위를 第5條 第3號의 a에서와 같이 "生活根據地를 刑法의 適用地域內에 가지고 있는 獨逸人"에 제한하고 있지 아니하는 한 犯行地와 行爲者의 人的事項에 관계없이 獨逸의 刑罰權이 미친다.

2. 個別的인 規定이 "이 法의 適用地域 內에서의" 犯行을 요구하는 한 聯邦의 立法權이 존재하는 領域을 생각할 수 있다.

3. 베를린 : 베를린州에 대하여는 刑法施行法 第324條에 의하여 다음과 같은 特殊性이 인정된다.

第84條는 適用되지 아니한다. 第85條, 第86條, 第86條의 a, 第87條, 第89條, 第91條는 약간 변경된 형태로 適用될 수 있다. 그럼으로써 이러한 規定이 베를린에서 범하여진 犯行部分에 관하여 그것이 "이 法의 適用地域" 안에서 범하여졌을 것을 요구하는 경우에는 그렇지 않을 때 適用되는 形式의 이러한 規定은 그 適用이 배제된다(第9條 참조).

베를린은 그러한 한도에서는 이 법의 適用地域에 속하지 아니한다. 行爲者가 外國에서 그 行爲分擔을 하는 경우에도 그 행위자가 處罰된다면 베를린의 경우에도 마찬가지로 處罰된다.

베를린에서 범하여진 行爲에 대해서만 그 適用이 배제되는 第89條의 경우에만은 그러하지 아니하다.

4. 國家公安事件에서는 起訴强制가 현저하게 완화되어 있다. 刑事訴訟法 第153條의c 第3項에 의하면 公訴提起하는 것이 중요한 公共의 利益과 상치하는 경우에는 訴追를 하지 아니할 수 있다. 이 規定은 行爲者가 國外에서 범행을 하였으나 그 行爲結果는 국내에서 발생하였다는 事實을 전제하고 있음에 반하여, 刑事訴訟法 第153條의d는 소추가 獨逸聯邦共和國에 대하여 중대한 不利益을 초래할 위험이 있거나 기타 중요한 公共의 利益과 배치되는 경우에는 訴追를 면제할 수 있는 可能性을 열어 놓고 있다. 이것은 法院組織法 第74條의a 第1項 第2號 내지 第6號와 第120條 第1項 第2號 내지 第6號에서 열거하고 있는 犯罪行爲에 대하여도 타당하다.

그밖에 刑事訴訟法 第153條의e에 의하면 有效한 悔悟의 경우에 法院組織法 第74條 第1項 第2號 내지 第4號와 第120條 第1項 第2號 내지 第6號에서 열거하고 있는 犯罪行爲에 대한 訴追를 면제할 수 있다.

5. 外國의 NATO條約國과 獨逸聯邦共和國에 주둔하는 NATO

군대는 第4次 刑法改正法律 第7條에 의하여 刑法 第101條, 第101條의a와 함께 第93條 내지 第97條, 第98條 내지 第100條의 보호를 받는다.

行爲當時에 獨逸內에 주둔하는 軍隊와 그의 內國雇傭人(職員)도 第92條의a, b와 함께 第87條, 第89條, 第90條의a 第1項 第2號, 第2項, 第109條의i, 第109條의k와 함께 第109條의d 내지 第109條의g, 第113條, 第114條 第2項, 第120條, 第123條, 第124條, 第125條, 第125條의a, 第132條, 第194條 第3項, 第305條의a, 第333條 第1項, 第3項, 第334條 第1項, 第3項의 保護를 받는다. 나아가서 第111條는 제한된 範圍內에서 適用된다.

이러한 보호는 行爲가 이 法의 適用地域內에서 범하여졌을 때에 비로소 適用된다.

6. 1986.12.19. 공포한 法律 第3條를 통하여 최후에 改正된 第4次 刑法改正法律 第7條는 다음과 같다.

(1) 獨逸聯邦共和國을 제외한 NATO條約國과 그의 獨逸 주둔군대 및 베를린에 있는 第3國軍隊를 보호하기 위하여 刑法 第93條 내지 第97條와 第98條 내지 第100條는 第101條 및 第102條와 함께 다음과 같은 制限下에서 適用된다.

가. 刑法 第93條에서 規定하고 있는 國家機密은 條約當事國의 軍事機密과 동일하게 취급한다. 이 規定에서 의미하는 軍事機密은 國防에 관계되고 이 法의 適用地域內

에 있거나 베를린에 있는 條約當事國의 職務官廳이 獨逸聯邦共和國에 주둔하는 軍隊 혹은 베를린에 있는 第3國軍隊의 安全을 고려하여 秘密을 유지하는 事實, 物件 또는 知識을 말한다. 獨逸聯邦共和國의 특정한 業務를 위하여 秘密을 유지하는 物件 및 그에 관한 情報는 제외된다.

나. 刑法 第94條 第1項 第2號의 경우에는 獨逸聯邦共和國에 危害를 가할 의도 대신에 條約當事國과 그의 獨逸주둔군대 또는 베를린에 있는 第3國 軍隊에 危害를 가하려는 의도로 대체한다.

다. 刑法 第94條 내지 第97條에서는 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 대한 不利益의 위험 대신에 條約當事國과 그의 獨逸駐屯軍隊 또는 베를린에 있는 第3國 軍隊의 安全에 대한 重大한 不利益의 危險으로 대체한다.

라. 刑法 第99條의 경우에는 獨逸聯邦共和國에 대하여 수행한 情報活動 대신에 條約當事國 및 그의 獨逸駐屯軍 또는 베를린에 있는 第3國 軍隊에 대하여 수행한 情報活動으로 대체한다.

마. 刑法 第100條에서는 獨逸聯邦共和國을 條約當事國으로 대체하여 適用한다.

바. 刑法 第94條, 第97條의 경우에는 獨逸聯邦共和國에 주둔하는 條約當事國 또는 베를린에 있는 當該國家의 最高軍司令部 또는 外交公館長이 條約當事國과 그의 獨

逸駐屯軍 또는 베를린에 있는 當該國家의 軍隊의 安全을 위하여 행위 당시에 秘密을 유지할 필요가 있다고 宣言한 경우에만 刑事訴追할 수 있다.

사. 刑法 第97條 第3項에 의한 獨逸政府의 授權은 獨逸에 주둔하는 條約當事國 또는 베를린에 있는 當該國家의 최고 군사령부 또는 外交公館長의 處罰要求에 의하여 대체된다.

(2) 행위당시 이 法의 適用地域內에 駐屯하는 獨逸을 제외한 NATO條約國家들의 獨逸駐屯軍隊와 베를린에 있는 第3國의 軍隊를 보호하기 위하여 刑法中 다음 規定은 第1號 내지 第10號의 일정한 但書 아래 適用된다.

가. 條約當事國의 安全 또는 그 軍隊의 安全에 반하는 企圖를 위하여 行爲者가 의도적으로 진력하는 行爲에 대해서는 第92條의 a, 第92條의 b와 함께 第87條

나. 行爲者가 條約當事國 軍隊의 軍人, 公務員 또 雇傭人이 防衛任務를 수행하기 위하여 義務的으로 해야 할 準備를 침해하려는 의도로 범하고, 그것으로 인하여 그 條約當事國의 安全이나 이들 軍隊의 安全에 반하는 計劃을 수행하기 위하여 의도적으로 진력하는 行爲에 대해서는 第92條의 a, b와 함께 第89條

다. 條約當事國 軍隊의 國家的 象徵에 대한 범행에 대해서는 第92條의 a, b와 함께 第90條의 a 第1項 第2號

라. 獨逸聯邦共和國을 條約當事國으로, 聯邦軍隊를 이들의

軍隊로, 國防을 條約當事國의 防衛로 대체한다는 規準으로써 이들의 軍隊, 그 軍隊의 軍人, 防衛手段, 施設, 構築物 또는 군사적 사건에 대해서 행하여지는 범행에 관해서는 第109條 i, 第109條의 k와 함께 第109條의 d 내지 第109條의 g

마. 이러한 國家의 군대에 소속하는 군인 또는 公務員에 대한 범행에 대해서는 第113條, 第114條 第2項, 第125條와 第125條의 a

바. 이러한 軍隊의 포로 또는 그 軍隊의 명령에 근거하여 어떤 施設에 收容되어 있는 자의 留置에 대한 범행에 관해서는 第120條

사. 이러한 軍隊의 公務 또는 交通에 공하기로 정하여진 장소의 住居平隱을 해치는 行爲에 대해서는 第123條, 第124條

아. 이러한 軍隊의 軍人 또는 公務員의 職務上 권한의 濳稱에 대해서는 第132條

자. 이들 軍隊의 職務官廳, 군인 또는 公務員에 대한 侮辱에 대해서는 第194條 第3項

차. 이러한 軍隊의 自動車를 파괴하는 범행에 대해서는 第305條

카. 軍隊의 上級官廳이 내리는 一般命令에 근거하여 그 責務를 성실히 수행할 合法的 義務를 지고 있는 이러한 軍隊의 군인, 公務員 또는 雇傭人의 贈賂 또는 加重贈

賂에 대해서는 第333條 第1項, 第3項, 第334條 第1項, 第3項

(3) 行爲 當時 이 法의 適用地域內에 있는 北大西洋條約機構의 獨逸을 제외한 다른 條約當事國들의 獨逸駐屯軍隊와 베를린에 있는 第3國의 군대를 보호하기 위하여 軍刑法 第6條, 第19條가 適用될 수 있고, 이러한 規定들과 함께, 이들 軍隊에 대하여 行하는 罪에 대해서는 刑法 第111條가 다음과 같은 特殊性의 제약 아래 適用될 수 있다.

가. 軍刑法 第16條, 第19條에서는 獨逸聯邦共和國 대신에 條約當事國으로, 그리고 聯邦軍隊와 그 군인 대신에 條約當事國의 軍隊와 그 군인으로 대체한다.

나. 이러한 軍隊의 군인으로 하여금 軍刑法 第16條 또는 第19條에 의한 故意的인 위법행위를 하도록 결심시키거나, 결심시키려고 시도하거나, 그러한 행위를 하도록 幇助하거나, 혹은 刑法 第111條에 따라 그러한 행위를 하도록 煽動하는 자만 처벌된다.

(4) 第1項, 第3項은 이 法의 適用地域內에서 행한 범행에 대해서만 適用된다.

7. 반대로 NATO條約國家의 군대구성원이 그 국가의 指示를 수행하는 일에 가담하여 活動한다면, 그 군대구성원은 獨逸의 國家保護法(Staatschutzrecht)에 따라 처벌될 수 있다. 그러므로 獨逸聯邦共和國에서 첩보활동을 하는 서방국가의 情報要員은 第99條에 의하여 處罰할 수 있다. 이와

같은 事案에서는 1951.6.19. 공포한 NATO軍 條例 第7條 第2項의 b에 따라 獨逸聯邦共和國의 專屬的 裁判權이 인정된다. 반대로, 講和條約 (Überleitungsvertrag 1955. 3.30. 공포) 第3條 第1項의 b는 占領統治 당시의 行爲 (1955.5.5. 이전)에 대해서만 適用된다.

第2章 平和攪亂 및 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪

第1節 平和攪亂罪

第80條 (侵略戰爭의 豫備) 獨逸聯邦共和國이 관계되어질 侵略戰爭 (基本法 第26條 第1項)을 豫備하고, 그로 인하여 獨逸聯邦共和國에 대하여 戰爭의 危險을 惹起한 자는 無期自由刑 또는 10年以上의 自由刑에 처한다.

Ⅰ. 이 規定은 獨逸聯邦共和國이 관계하는 侵略戰爭을 豫備함으로써 平和를 攪亂하는 行爲를 처벌한다. 이 規定으로써 (그리고 第80條의 a를 통하여) 立法者는 本質的으로 基本法 第26條 第1項의 憲法的 要求를 따르고 있다. 이 規定의 실제상의 의미는 중요하지 않으며 一般豫防的機能에 그 重點을 두고 있다.

Ⅱ. 保護客體는 獨逸聯邦共和國의 安全이며, 아울러서 侵略戰爭으로 위협받는 國民의 平和이다.

獨逸聯邦共和國의 安全은 獨逸聯邦共和國이 관계되는 侵略戰爭의 危險에 의하여 위협받는 것은 틀림없다. 法文上으로는 오해의 소지가 있지만, 獨逸聯邦共和國에 대한 侵略戰爭의 豫備도 第80條에 해당한다. 獨逸聯邦共和國이 관계되지 아니하는 侵略戰爭의 豫備는 이에 해당하지 아니한다. 獨逸聯邦共和國에 대하여 戰爭危險을 가져오지 아니하는 戰鬪行爲에 獨逸聯邦共和國 軍隊가 관여할 경우에도 동일하다.

Ⅲ. 行爲는 獨逸聯邦共和國이 관계되는 侵略戰爭을 豫備하는데 있다.

1. 侵略戰爭이라는 規準은 國際法的 原則에 의하여 그 解釋이 가능하며 刑事部 判事도 國際法의 原則을 적용할 權限이 있다. 이러한 國際法的 原則은 명확하지는 아니하지만 侵略戰爭이란 槪念은 防禦戰爭이나 유엔 또는 이와 비슷한 機構에 의한 集團措置를 제외한 모든 戰爭을 포함한다.
敵의 豫想攻擊에 대한 先制侵略戰爭도 侵略戰爭일 수 있으며, 다른 國家가 행하는 攪亂行爲를 방어하기 위한 정도를 초과하는 것도 侵略戰爭에 포함시킬 수 있다.

2. 侵略戰爭은 반드시 事前에 豫備된 것이라야 한다. 두 나라 國民 사이에서 戰爭對決을 야기하기에 충분한 모든 措置는 豫備에 속한다. 원칙적으로 豫備行爲는 侵略戰爭뿐만 아니라 防禦戰爭의 경우에도 필요하기 때문에 行爲者가 侵略的인 경향을 추구할 때 비로소 構成要件 該當性이 있다. 行爲者가 侵略戰爭을 야기하면 마찬가지로 이 規定에 의하여 處罰된다. 이에 反하여 侵略戰爭이 발발한 이후에 비로소 관여한 자는 構成要件 該當性이 없다.
法定刑에 비추어 보면 戰爭物資의 調達, 動員 또는 攻擊同盟의 締結이 이에 해당한다는 結論을 도출할 수 있다. 따라서 단순히 戰爭行爲를 권고하거나 戰爭行爲에 同意하는 경우에는 이 規定의 適用을 받지 아니한다. 이러한 경우에는 단순히 敎唆 또는 心理的 幇助가 있을 수 있다.

3. 그 行爲는 獨逸聯邦共和國에 대하여 戰爭의 具體的 危險을 야기할 정도의 比重이 있어야 한다. 行爲가 일반적으로 豫備에 해당한다는 것만으로는 부족하다.

4. 主觀的 構成要件으로 故意를 要한다. 條件附 故意로도 충분하다. 故意는 具體的인 戰爭危險을 認識해야만 인정한다.

Ⅳ. 第80條의 경우에는 다른 犯罪의 豫備가 아니라 戰爭 그 自體의 豫備가 可罰的 行爲이기 때문에 未遂는 處罰한다. 戰爭豫備가 獨逸聯邦共和國에 대하여 결과적으로 아무런 具體的인 危險도 가져오지 아니하는 경우라도 未遂가 成立한다.

Ⅴ. 附帶效果와 沒收에 관하여는 第92條의 a, b를 참조하고, 侵略戰爭의 豫備를 認知하였을 경우 告知義務에 관하여는 第138條 第1項 第1號를 참조하기 바란다.

Ⅵ. 第84條 이하와의 關係는 想像的 競合關係에 있고, 背反罪의 경우에도 같다.

第80條의 a (侵略戰爭의 煽動) 이 法의 適用地域 안에서 集會 또는 文書(第11條 第3項)의 頒布를 통하여 公然히 侵略戰爭을 煽動하는 자는 3月以上 5年以下의 自由刑에 처한다.

Ⅰ. 이 規定은 侵略戰爭의 煽動을 處罰하고 있다. 이러한 行動은 戰爭準備를 强化시키고 心理的 영향을 加하여 國民으로 하여금 攻擊을 위한 항구적인 準備를 하게 하는데 그 危險性이

있다.

Ⅱ. 保護의 客體는 第80條의 경우와 마찬가지로 獨逸聯邦共和國의 安全과 國民平和이다.

Ⅲ. 그 行爲는 다른 사람에게 侵略戰爭을 煽動하는 것이며, 事實上은 集會(第90條 참조)에서 또는 文書(第11條 第3項)의 頒布를 통하여 공연히 다른 사람으로 하여금 侵略戰爭을 惹起하도록 煽動하는데 있다. 侵略戰爭이란 第80條의 경우와 같이 獨逸聯邦共和國이 관계하게 되는 그러한 것이다. 그것은 그 目的 設定에서 具體化되어야 한다. 따라서 단순히 一般的으로 好戰的인 雰圍氣를 불러일으킬 影響力만으로는 충분하지 못하다. 第80條의 a에 있어서도 확실히 重要한 의미가 있는 行爲를 요구하고 있어서 식탁에서 하는 雜談같은 사소한 行爲는 이에 해당하지 아니한다.

Ⅳ. 煽動은 그 이상의 結果를 필요로 하지 아니한다. 즉 煽動으로 인한 戰爭危險 또는 獨逸聯邦共和國의 安全을 위태롭게 할 것을 요구하지 아니한다.

Ⅴ. 行爲(第9條)는 이 法의 適用地域內에서 행하여져야 한다. 行爲者는 外國人이라도 무방하다.

Ⅵ. 主觀的 構成要件은 故意를 요하며 條件附 故意도 충분하다. 獨逸聯邦共和國을 위태롭게 할 의도가 반드시 필요한 것은 아니다.

Ⅶ. 第80條의 a는 단순한 豫備行爲를 處罰하고 있기 때문에 第80條에 대하여 吸收關係에 있다. 第80條, 第30條와 관련해

서도 그 論理는 타당하다. 第86條와는 想像的 競合關係에 있고 第89條, 第90條의 a 및 第100條와의 관계도 마찬가지이다.

第2節 民主的 法治國家를 危殆롭게 하는 罪

第84條(違憲宣言된 政黨의 持續) ①이 法의 適用地域內에서 主謀者 또는 背後操縱者로서

1. 聯邦憲法裁判所가 違憲이라고 宣言한 政黨 또는
2. 聯邦憲法裁判所가 禁止된 政黨의 代替組織이라고 確定한 政黨의 組織的 結社를 維持한 자는 3月以上 5年以下의 自由刑에 處한다. 未遂犯도 處罰한다.

②第1項에서 列擧한 種類의 政黨에서 그 構成員으로서 活動하거나 혹은 그 組織的 結社를 支援한 자는 5年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 처한다.

③基本法 第21條 第2項에 의한 節次에서 혹은 政黨法 第33條 第2項에 의한 節次에서 행하여진 聯邦憲法裁判所의 다른 事實裁判 또는 그러한 節次에서 行하여진 事實裁判의 執行을 위하여 發하여진 執行할 수 있는 處分에 違反한 자는 5年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다. 基本法 第18條에 의한 節次는 第1文에서 열거한 節次와 동일하다.

④第1項 第2文과 第2項 및 第3項 第1文에서 法院은 그 責任이 가볍고 그 協力의 정도가 종속적 의미밖에 가지지 아니하는 從犯의 경우에는 裁量에 따라 그 刑을 減輕하거나

(第 49 條 第 2 項) 또는 이러한 規定에 의한 處罰을 免除할 수 있다.

⑤第 1 項 내지 第 3 項 第 1 文에서 行爲者가 自意로 그리고 진지하게 政黨의 持續을 방해하기 위하여 노력한 때에는 法院은 그 刑을 裁量에 따라 減輕하거나(第 49 條 第 2 項)또는 이러한 規定에 정한 處罰을 免除할 수 있다. 行爲者가 이러한 目的을 達成하거나 그의 노력없이 이러한 目的이 達成되면 行爲者는 處罰되지 아니한다.

Ⅰ. 이 規定은 禁止된 政黨의 組織的 結社를 계속하기 위하여 獻身하는 活動을 處罰한다. 第 2 項에 의하면 構成員과 後援者를 處罰하고 있음에 반하여 第 1 項에서는 主謀者 또는 背後操縱者를 處罰하고 있다. 나아가서 第 3 項에서는 聯邦憲法裁判所가 基本法 第 21 條 第 2 項 또는 政黨法 第 33 條 第 2 項에 정한 節次에서 발한 事實裁判에 대한 違反行爲를 處罰한다.

이 規定은 聯邦憲法裁判所 判決이 밝힌바 있는, 政治的 組織을 독자적으로 判斷하는 것은 刑事部 判事의 任務가 아니라는 事實에서 출발하고 있다. 그러한 判斷(裁判)은 오히려 聯邦憲法裁判所(혹은 第 85 條의 범주에서는 行政裁判所) 에 留保되어 있다. 따라서 第 84 條는 이러한 범주에서 行하여진 聯邦憲法裁判所의 判決과 결합되어 있다. 그러한 점에서 聯邦憲法裁判所의 判決은 構成要件的 效力을 가진다 (소위 確定原則 : Feststellungsprinzip). 그것에 의하면 實質的으로는

民主的 法治國家에 대한 공격을 확정하는 裁判管轄을 변경하는 根據를 제시하고 있는 일종의 不服從 構成要件이 문제되는 것이다.

Ⅱ. 우선 主謀者 또는 背後操縱者로서 禁止된 政黨의 組織된 結社를 持續하는 사람을 處罰하고 있다(第 1 項).

1. 이 規定은 우선 聯邦憲法裁判所法 第 13 條 第 2 號, 第 43 條에 정한 節次에 의해 聯邦憲法裁判所가 基本法 第 21 條 第 2 項에 따라 違憲이라고 宣言한 政黨과 관계있다. 이러한 確定은 刑事部 判事를 구속한다. 그 이유에 대한 事後審査는 刑事部 判事의 權限에 속하지 아니한다. 禁止된 政黨이 그 組織을 그대로 維持하면서 그 目的設定을 변경하더라도 憲法裁判所의 判決은 역시 判斷規準이 된다. 第 1 項에 의하면 第 84 條는 獨逸聯邦共和國밖에 있는 政黨에 대해서는 適用되지 아니한다. 그 政黨이 그럼에도 불구하고 獨逸聯邦共和國 內에서 第 84 條의 要件에 따라 禁止되어진 政黨의 組織을 管理하는 경우에는 이 規定이 適用된다. 그러하지 아니한 경우에는 第 85 條가 문제된다.

2. 나아가서 聯邦憲法裁判所가 禁止된 政黨의 代替組織이라고 확정한 政黨에 대해서도 이 規定은 適用된다. 刑事部判事는 聯邦憲法裁判所의 이러한 확정만을 判斷規準으로 삼을 수 있을 뿐 政黨의 實質的 特性이 代替組織이냐 아니냐 하는 판단은 할 수 없다. 물론 聯邦憲法裁判所는 禁止된 政黨의 代替組織이 政黨이고 原始政黨의 禁止前에 政黨으로서 존재

하였다는 점, 즉 政黨解體에 의하여 代替組織으로 同一하게 변하였다는 점, 또는 聯邦議會나 州議會에 進出하였다는 점을 判斷하여야 한다는 것에 유의할 필요가 있다.

다른 政黨이나 結社에 대해서는 結社法 第8條 第2項과 관련하여 政黨法 第33條 第3項이 有效하다. 이러한 規定은 刑事部 判事가 結社를 聯邦憲法裁判所에 의하여 禁止된 政黨으로 인정하는 것을 방해하지 아니한다. 그러한 理由에서 刑事部 判事가 問題되는 組織이 "代替組織"이 아니라 禁止된 政黨과 동일하다는 意見에 도달하면, 예컨대, 단순히 政黨의 名稱만 변경되었다면, 聯邦憲法裁判所의 새로운 判決은 要하지 아니한다.

3. 다툴 수 없는(確定力이 있는)命令이 아니라 "執行할 수 있는" 命令이 문제되는 경우에는 第84條가 아니라 結社法 第20條가 適用될 뿐이다.

4. 行爲는 主謀者 또는 背後操縱者에 의하여 앞에서 열거한 政黨의 組織的 結社를 維持하는 것이다.

a) 主謀者의 경우에는 行爲者가 政黨의 活動에 決定的인 영향을 미쳤다거나 그 政黨의 企圖를 支援했을 것을 要한다. 法律은 指揮力을 가지고 있거나 指揮에 영향을 미치는 "背後者"도 處罰한다. 이때에는 活動의 態樣이 決定的인 것은 아니다. 단순히 暫定的으로 指揮役割을 맡은 사람도 主謀者일 수 있다. 일정한 計劃에 필요한 財政을 맡거나 經濟的 또는 技術的 任務를 保證하는 것도 충분하다.

聯邦大法院 判決에 의하면, 行爲者는 반드시 組織의 構成員이어야 하며, 따라서 局外者는 결코 主謀者가 될 수 없다.

b) 背後操縱者란 精神的으로 또는 經濟的으로 政黨을 위하여 本質的인 것을 支援하는 사람을 지칭하는데, 이때에는 예컨대 財政 또는 政黨幹部의 交替를 위하여 技術的으로 指示하는등 背後에 있으면서도 고유한 政黨活動에는 노출되지 아니한다.

背後操縱者는 原則的으로 政黨의 構成員이 아니다.

c) 組織的 結社의 持續이란 政黨活動을 수행하는 組織을 유지하는 것, 다시 말해서 聯邦憲法裁判所가 規制對象으로 삼는 政黨의 政治的 目的이 가담자들에게 存續하기 때문에 그 공동의 政治的 目的에 기인하여 新舊組織員의 結合을 통하여 組織된 結社를 유지하는 것을 말한다. 그러므로, 政治的 目的이 아닌 다른 目的에서 舊政黨員들이 結社를 계속하는 것은 處罰되지 아니할 수 있다. 예컨대, 寄與金의 徵收, 寄與金의 繼續分擔, 組織員의 안내와 教育, 또는 어떤 職責의 담당과 같은 것이 문제된다. 단순한 宣傳이나 支援活動(예컨대, 文書등의 頒布를 통하여)만으로는 第2項의 경우처럼 충분하지 아니하다.

5. 政黨이나 政黨의 代替組織의 設立은 第84條에서 明文으로 規定하고 있지는 아니하다. 이미 解體된 政黨의 機構를 새로이 재건하거나 이에 협력하는 자는 第84條에서 規定하고

있는 政黨을 계속하는 것이며, 따라서 第1項 또는 第2項에 의하여 處罰할 수 있다.

Ⅲ. 나아가서 앞에서 열거한 組織에서 構成員으로 活動하거나 그 組織的 結社를 支援한 자는 處罰한다(第2項). (이러한 處罰規定의 合憲性은 聯邦憲法裁判所 判決에 의해 확인되었음).

1. 앞에서 열거한 組織에 加入하였다는 것만으로는 아직 構成員으로서 活動하는 것은 아니다.

예컨대, 政黨綱領의 大量印刷를 주문하고 그 印刷費用을 支給하는 등의 方法으로 政黨을 위하여 어떠한 형태로든 진척된 行爲를 企圖하였을 것이 요구된다. 構成員으로서의 資格이 반드시 法律的으로 有效할 필요는 없으며, 따라서 政黨法 第10條 第1項, 第4條에 의하여 政黨의 構成員이 아닌 사람도 第84條에 의하여 處罰할 수 있다.

2. 支援이라는 修正的 構成要件은 主謀者 또는 背後操縱者가 아니면서 客觀的으로 組織的 結社가 유지되기에 충분한 方法으로 기여하는 非構成員에게 適用된다. 組織的 結社를 직접 遂行하는 경우만 해당하는지 혹은 幇助犯의 경우와 같이, 第84條에서 規定하고 있는 結果를 야기하는데 필요한 모든 行爲가 全部 해당하는지는 의문이다. 立法者의 制限的 意圖에 따른다면, 직접적으로 혹은 현저하게 組織을 진척시키는 그러한 活動만을 支援이라고 부를 수 있다. 예컨대, 政黨의 回覽文을 作成하는데 자신의 타자기를 사용한 자는 第84條의 行爲者가 아니다. 마찬가지로 禁止된 政黨의 思想을 가

지고 있다는 것만으로는 충분하지 아니하다. 宣傳手段(第86條)에 의한 支援의 경우에도 같은 解釋이 타당하다. 第86條의 要件을 갖추면 第84條의 要件을 충족시킬 필요가 없다. 宣傳手段이 第86條 第2項의 要件을 충족시키지 못할 때에도 政黨組織의 安定을 위하여 大衆에게 配布할 政黨綱領의 大量印刷를 주문하고 그 印刷費用을 支給하거나 政黨綱領을 印刷할 때에는 혐의를 인정하기에 충분한 支援이라 할 수 있다.

3: 第2項에서의 支援行爲를 獨立시킨 것이 第84條에서 定한 犯罪에 대한 共犯可能性에 어느 정도 영향을 미칠 것인지는 의문이다. 教唆犯의 處罰可能性은 第84條에서 의문의 여지가 없다. 主謀者로 하여금 그 行爲를 하도록 하는 자는 第84條 第1項, 第26條에 따라 處罰할 수 있다. 主謀者의 경우에는 오로지 특별히 위험한 行動만을 處罰하고, 個人的 동기는 不法이 아니기 때문에 第28條 第1項은 適用되지 아니한다. 支援의 槪念을 앞에서와 같이 制限的으로 해석할 경우에는 幇助가 문제된다.

4. 第84條의 個別的 行爲類型은 예컨대, 主謀者가 동시에 構成員으로 活動할 수 있는 것처럼 중복될 수 있다.

이러한 경우에는 第84條에서 정하는 하나의 犯罪가 인정된다. 行爲者가 禁止된 政黨을 위하여 여러번에 걸쳐서 經濟的으로 活動하는 경우에도 동일하다.

Ⅳ. 基本法 第21條 第2項에 의한 節次 또는 政黨法 第33條 第

2項에 의한 節次에서 宣告된 聯邦憲法裁判所의 事實裁判이나 그러한 節次에서 宣告된 執行할 수 있는 處分에 反하는 違反行爲도 處罰한다(第3項).

聯邦憲法裁判所의 순수한 裁判進行處分이 第84條에 의하여 規制받지 아니한다는 점도 事實裁判의 槪念에 포함된다. 그 結果 聯邦憲法裁判所法 第32條에 의한 暫定命令 또는 同法 第46條에 의한 沒收命令이 이에 해당하나, 예컨대 證人의 召喚은 고려되지 아니한다.

基本法 第18條에 의한 節次에서 일어나는 그러한 것은 앞에서 열거한 命令과 同一視된다. 그것에 의하면, 예컨대 聯邦憲法裁判所法 第39條에 의한 具體的인 命令을 違反하는 자는 處罰할 수 있을 것이다.

聯邦憲法裁判所가 聯邦憲法裁判所法 第39條 第2項 第2文에 의하여 解散시킨 結社를 위하여 행하는 活動도 마찬가지로 處罰할 수 있다.

V. 第91條에 의하면 行爲는 刑法의 適用地域內에서 實行한 活動에 의하여 犯한 것이어야 한다. 이것은 第84條의 모든 構成要件態樣에 대하여 有效하다.

VI. 主觀的 構成要件으로는 故意를 要한다. 故意는 단순히 確定力있는 禁止判決에 관하여 인식하고 있으면 足하다. 이에 관한 錯誤는 構成要件的 錯誤이다. 行爲者가 政黨禁止의 實質的 理

由를 認識할 것을 요하지는 아니한다. 未必的 故意로도 충분하다. 組織의 領域에서 共同의 目的을 추구한다는 意識은 필요하다. 政黨禁止가 無效라는 잘못된 認識은 고려되지 아니한다.

VII. 未遂犯은 第1項의 경우에만 處罰한다(예컨대, 새로운 組織을 위하여 다른 組織에 영향을 미치는 것). 第2項, 第3項에 의한 行爲에서는 未遂는 處罰되지 아니한다. 그 責任이 경미하고 그 協力이 종속적 의미밖에 없는 加擔者의 경우에는 法院은 그 刑을 減輕할 수 있고(第49條 第2項) 또는 완전히 그 刑을 免除할 수 있다(第4項). 第1項의 경우에는 行爲未遂에 대해서만 이러한 理論이 타당하다. 第3項의 경우에는 基本法 第18條에서 정하는 節次에서의 判決을 違反하는 犯法行爲는 除外된다.

VIII. 第5項은 第3項 第2文의 경우를 제외하고는 旣遂犯罪의 中止未遂를 規定하고 있다. 따라서, 第1項의 行爲가 단순히 未遂에 그쳤다면 第5項은 適用되지 아니하고 第24條가 適用될 뿐이다. 旣遂犯罪를 中止시키지 못하고 그럼으로써 第24條가 適用되지 않을 경우라도 第5項이 適用된다. 第5項에 의하면 法院은 法定刑의 最下限까지 減輕할 수 있으며, 따라서 第1項에 의하면 1月의 自由刑 또는 罰金刑까지 宣告할 수 있고, 또는 行爲者가 政黨의 持續을 방해하기 위하여 自意로 진지하게 노력한 때에는 그 處罰을 완전히 免除할 수 있다. 이러

한 특전은 그의 노력이 失敗로 돌아갔더라도 保障된다.

行爲者가 자신의 目的을 達成하거나 그 目的이 그의 노력없이 성취되면 處罰되지 않으며, 즉 無罪가 宣告된다.

第85條(結社禁止에 대한 違反) ①이 法의 地域的 適用範圍內에서 主謀者 또는 背後操縱者로서 다음 各號의 組織의 組織的 結合을 유지한 자는 5年이하의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다. 未遂는 罰한다.

1. 政黨法 第33條 第3項의 節次에 의하여 禁止된 政黨의 代替組織임이 確定된 政黨이나 結社
2. 憲法秩序나 民族的 協調精神에 반하기 때문에 確定的으로 禁止된 結社 또는 그 禁止된 結社의 代替組織임이 確定된 結社

②第1項 各號의 政黨 또는 結社에서 構成員으로 活動한 자 또는 그 組織的 結合을 支援한 자는 3年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

③第84條 第4項과 第5項을 準用한다.

◎ 刑法 施行法 第324條 第3項 第3號에 의하여 第85條는 베를린에서 效力이 있다.

◎ 基本法 第9條 第2項 : 目的이나 活動이 刑事法에 抵觸되거나 憲法秩序 또는 民族的 協調精神에 반하는 結社는 禁止된다.

◎ 政黨法 第33條 第3項 : 代替組織이 禁止된 結社法 第2條 所定의 政黨 또는 結社에 대하여는 結社法 第8條 第2項의 規定을 準用한다.

一. 本 規定은 第84條와 같은 構造로 第84條에 揭記된 政黨(聯邦憲法裁判所에 의하여 違憲이라고 宣言된 政黨) 이외의 政黨 또는 結社에 관한 規定이다. 본 規定에 의하여도 一定한 結社의 組織的 結合을 유지한 主謀者 또는 背後操縱者와 그러한 結社의 構成員으로 活動한 者 또는 그 組織的 結合을 支援한 者가 處罰된다.

二. 活動이 禁止된 客體는 第1項 第1號, 第2號에 規定된 結社에 限한다.

1. 먼저 本 規定은 政黨法 第33條 第3項의 節次에 의하여 禁止된 政黨의 代替組織임이 확정된 政黨이나 結社를 대상으로 規定하고 있다. 政黨法 第33條 第2項의 豫審節次의 規律을 받지 않는 政黨만이 본 條項의 適用을 받는다. (第84條의 說明參照). 政黨의 代替組織으로 本條의 適用을 받는 政黨과 기타 結社의 財産의 處分에 대하여는 結社法 第8條 第2項에 規定된 行政節次에 따른다. 刑事法院 判事는 이에 대하여는 결정할 權限이 없다.
2. 本 規定은 憲法秩序 또는 民族的 協調精神에 반하기 때문에 確定的으로 禁止된 結社에만 適用된다.(基本法 第9條第2項 참조).

물론 이 경우에도 政黨法 第8條 第2項의 節次에 따르며, 行政審判所의 確定判決에 의하여만 結社가 禁止된다.

주의할 것은 예컨대, 刑事法의 저촉을 理由로 禁止된 結社(政黨法 第3條 第1項 參照)와 같이 本條에 열거된 禁止事由 이외의 理由에 의하여 禁止된 結社에는 本條가 適用되지 않는다는 점이다. 따라서 刑事法院 判事는 반드시 結社가 어떠한 理由로 禁止되었는지를 심리하여야만 한다.

3. 禁止된 結社의 代替組織이라고 確定된 結社가 本條의 適用對象이 된다.

4. 執行할 수 있는 決定만이 있을뿐 아직 確定되지 않았을 경우에는 第85條의 適用對象이 아니고 結社法 第20條의 適用對象이 된다.

5. 結社라는 槪念은 상당기간 존속하는 그 構成員들의 共通의 目標를 달성하기 위하여 組織的인 意思를 형성할 수 있는 組織을 갖춘 다수의 사람들의 實體的 結合을 말한다(結社法 第2條 參照). 따라서 2人만의 結社라는 것은 인정하기 어렵다(聯邦通常裁判所 判決集 28권 147면 참조). 結合의 法的인 形態는 아무래도 상관이 없다. 큰 組織의 下部組織이라 할지라도 個別的으로 주된 活動이 있는 경우에는 結社라고 할 수 있다(聯邦通常裁判所 判決集 16권 298면등 참조). 政治政黨, 聯邦議會 및 州議會의 下部組織, 宗教團體 및 基本法 第140條와 바이말憲法 第137條에 規定된 일정한 範圍內의 世界觀을 고양하기 위한 結社는 여

기에 포함되지 않는다(結社法 第2條 第2項 참조).

本部는 外國에 있고 그 獨立的인 構成組織이 國內에 있는 國外結社와 같이 그 構成員 또는 首魁의 대다수가 外國人인(結社法 第14條) 外國人結社에도 第85條가 適用된다(結社法 第15條, 第18條). 이 경우 그 結社는 憲法秩序나 民族的 協調精神에 반하기 때문에 禁止된 結社이어야만 한다. 그 이외의 理由로 禁止된 경우에는 結社法 第20條의 適用을 받을 뿐이다.

三. 行爲는 主謀者 또는 背後操縱者로서 組織的 結合의 維持(第1項)와 일정한 結社의 構成員으로서의 活動 또는 그 組織的 結合의 支援이다(第2項).

行爲는 第91條(適用範圍)의 規定에 따라 刑法의 地域的 適用範圍內에서 遂行된 行動을 통하여 이루어져야만 한다.

四. 主觀的 構成要件에 대하여는 第84條에서 설명한 것과 같다. 結社의 禁止 및 確定의 法的 效果에 대한 錯誤는 構成要件錯誤에 해당하여 犯罪를 구성하지 않으며, 그 경우에는 結社法 第20條에 해당될 수 있을 것이다.

五. 刑罰의 減輕에 대하여는 第84條 第4項이 準用된다. 本罪의 附隨的 效果 및 沒收에 대하여는 第92條의 a, b 參照. 犯行의 中止에 대하여는 第84條 第5項이 準用된다.

第86條(違憲的 組織의 宣傳手段의 頒布) ①다음 各號의 宣傳手段을 이 법의 適用地域內에서 頒布하거나 同 地域內에서 領布하기 위하여 製作, 所持하거나 同 地域內로 搬入한 者는 3年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

1. 憲法裁判所에 의하여 違憲이라고 宣言된 政黨 또는 그러한 政黨의 代替組織임이 確定된 政黨 또는 結社의 宣傳手段
2. 憲法秩序 또는 民族的 協調精神에 반하기 때문에 確定的으로 禁止되었거나 그러한 禁止된 結社의 代替組織임이 確定된 結社의 宣傳手段
3. 第1號와 第2號에 揭記된 政黨이나 結社의 目的을 위하여 活動하고 있는, 이 法의 適用地域 밖에 있는 政府, 結社 또는 機構의 宣傳手段.
4. 그 內容에 있어서 過去의 나치조직(國家 社會主義的 組織)의 計劃을 계속하기로 하는 宣傳手段

②第1項에 規定된 宣傳手段은 그 內容이 自由民主的 基本秩序 또는 民族的 協調精神에 반하는 文書(第11條 第3項)만을 말한다.

③宣傳手段 또는 宣傳行爲가 국민계몽, 違憲的 計劃의 防止, 藝術 또는 學問硏究, 學說, 時事輕過, 歷史에 대한 報告 또는 이와 유사한 目的에 공하는 것인 때에는 第1項은 適用되지 아니한다.

④責任이 輕微한 때에 法院은 이 規定에 의한 處罰을 免除할 수 있다.

一. 本 規定은 間接組織 犯罪이고 抽象的危殆犯으로서 一定範圍의 禁止된 政黨 또는 結社의 反國家的인 宣傳手段의 頒布에 대한 規定이다. 本 規定은 西獨基本法 第5條에 違反되지 않는다.

二. 客觀的 構成要件은 行爲者가 一定한 宣傳手段을 頒布,製作 등의 行爲를 하는 것이다.

1. 第86條에서의 宣傳手段은 第2項의 規定에 의하여 그 內容이 自由民主的 基本秩序 또는 民族的 協調精神에 반하는 文書(第11條 第3項)이어야만 한다. 自由民主的 基本秩序 또는 民族的 協調精神이라는 基本價値는 獨逸聯邦共和國에서의 基本價値이기 때문에 히틀러의 '나의 鬪爭'과 그 複製版등과 같은 基本法 이전의 文書는 第86條의 適用對象이 되지 않는다.

그러나 附加文(序文, 表紙 說明文, 後文) 또는 變更文이나 새로운 文書에서 基本法 이전의 文書를 引用함으로써 本 規定에 해당되게 되는 경우는 本條에 해당한다.

a. 文書에 대하여는 第11條의 說明 참조

b. 宣傳手段의 內容이 自由民主的 基本秩序 또는 民族的 協調精神에 反하여야만 한다. 그 槪念은 基本法 第9條 第2項, 第21條 第2項에 근거하고 있으며, 宣傳內容이 실질적인 反國家性을 나타내는 것을 말한다. 自由民主的 基本秩序란 聯邦憲法裁判所 判決에 의하여 하나의 秩序로서 認識되게 된 것으로 專制政治와 獨裁政治를 淸算하고 多

數의 의지에 의한 國民의 自治, 自由, 平等의 基本原則에 의한 法治主義的 統治秩序를 뜻하고, 이 槪念은 基本法 第79條 第3項과 함께 憲法原理로 理解되고 있다.

民族的 協調精神에 反한다는 것은 民族의 平和로운 共同生活을 侵害하는 것을 말한다. 이러한 目標는 民族間의 交流를 포기하지 아니하고 다른 民族을 멸시하지 않는다는데 근거를 둔 것이다. 宣傳은 自由民主的 基本秩序에 대한 直接的인 공격으로 自由民主的 基本秩序를 變更하거나 顚覆시킬 수 있을 정도의 것을 말한다.

內容의 危險性이 나타나야 하기 때문에 特定한 粧飾, 徽章(나치마크: 卐) 또는 略語(KPD: 獨逸共產黨)의 단순한 使用은 本 條項에 해당되지 않는다.

그러나 비유적이나마 禁止된 內容을 쉽게 알 수 있는 경우는 本 條項에 해당된다.

2. 特定한 政黨 또는 結社의 宣傳手段이어야 한다.

a) 聯邦憲法裁判所에 의하여 違憲政黨이라고 宣言된 政黨과 違憲政黨의 代替組織이라고 확정된 政黨 또는 結社

b) 憲法秩序 또는 民族的 協調精神에 반하기 때문에 基本法 第9條 第2項에 의하여 禁止된 結社 또는 그러한 結社의 代替組織.

c) a)와 b)에 揭記된 政黨이나 結社의 目的을 위하여 活動하는 聯邦共和國 이외의 政府, 結社 또는 機構(第3호). 본 條項을 適用하기 위하여는 聯邦共和國의 主權이 미치지

않는 場所이어야 하고, 第1項과 第2項에 揭記된 政黨 또는 結社의 利益이 聯邦共和國에 위험하여야 한다. 組織 全部가 聯邦共和國 이외에 있어야 하는 것은 아니고 一部分만이 聯邦共和國 이외에 있어도 충분하고, 持續性이 없는 機構, 예를 들면 委員會 또는 會議등도 가능하다.

宣傳文書가 禁止된 政黨(結社)의 目的에 공하면 되는 것이지 그 目的이 達成되어야만 하는 것은 아니며, 結社가 不法組織으로서 계속 존속하여야만 하는 것도 아니다.

d) 과거 나치組織을 繼承하고자 하는 企圖가 그 內容에서 나타나는 宣傳手段.

이러한 宣傳手段은 두 가지의 內容上의 檢討가 있어야만 한다. 즉 自由民主的 基本秩序 등에 반하여야만 하고(第2項), 과거의 나치組織을 繼承하고자 하는 企圖가 나타나야만 한다(第4項). 나치時代의 특정한 政策을 동경하는 次元에서의 단순한 回想은 禁止된 宣傳이 아니며, 獨逸軍隊는 나치組織이었다고 할 수 없다.

e) 各號에 揭記된 政黨 또는 結社의 宣傳手段이라고 하기 위하여는 그 宣傳手段과 그 政黨 또는 結社등과 특별한 關係가 있어야 한다. 政黨의 發起人 또는 代表者나 政黨의 機關이 行爲者인 경우에는 그 關係가 명백하여지기 때문에 문제가 되지 않는다. 또한 대개의 경우 禁止된 政黨 또는 結社의 綱領등은 文書등을 통하여 이미 配布되어 있기 때문에 禁止된 政黨이나 結社의 組織員과 연결없이도 禁

止된 政黨이나 結社를 위한 宣傳이라고 할 수 있을 것이다.

立法論으로는 行爲者가 獨自的으로 政黨의 宣傳을 할 경우 이 規定에 저촉되지 않도록 하는 것이 나았을 것이다.

3. 行爲는 聯邦共和國內에서 頒布하거나, 頒布하기 위하여 所持 또는 搬入하는 것이다.

第86條의 頒布의 範圍에는 예컨대, 공연한 포스터의 附着等이 포함된다. 第184條(淫亂文書의 頒布)의 경우와는 달리 宣傳手段의 頒布가 되기 위하여는 文書(原稿등)의 完成만으로 되는 것이 아니고 그 文書가 頒布를 위하여 최초로 受領할 수 있어야만 한다. 그와 같은 制限은 第184條와 第86條의 상이한 表現에 근거한다.

製作者等은 자신이 頒布하고자 하는 意思가 필요한 것이 아니고 단지 다른 사람에게 교부하고자 하는 意思만으로 충분하다.

行爲者가 宣傳手段을 製作하고, 그 宣傳手段을 頒布하는 경우와 같이 同一한 宣傳手段에 대하여 頒布등 여러行爲를 하였을 때에는 하나의 行爲가 될 뿐이다.

行爲는 刑法의 地域的 適用範圍內에서 行하여져야만 한다. 그렇지 않으면 構成要件에 해당되지 않는다.

三. 主觀的 構成要件으로는 故意를 要한다. 行爲者는 禁止된 政黨 또는 結社의 宣傳手段이라는 것 또는 第3號, 第4號에 揭記된 目的과 計劃을 企圖한다는 것과 그 내용이 自由民主的 基本秩序 또는 民族的 協調精神에 反한다는 사실을 알고 있어야 한다. 未必的 故意로도 충분하다. 行爲者가 宣傳手段의 內容

대로 希望하지 않아도 관계없다.

第3項 또는 刑法 施行法 第296條의 構成要件 阻却事由에 대한 錯誤는 故意를 阻却한다.

이에 반하여 第3項 또는 刑法施行法 第296條의 適用範圍에 대한 錯誤는 禁止錯誤에 해당한다.

四. 第3項의 社會相當性 規定에 의하여 宣傳手段 또는 宣傳行爲가 國民啓蒙, 違憲的 計劃의 방지, 藝術 또는 學問硏究 또는 學說, 時事經過, 歷史에 관한 報告 또는 이와 유사한 目的에 공하는 때에는 構成要件에 해당되지 않는다. 國民啓蒙이란 國民들의 政治的 意識敎育 및 責任을 고무하기 위하여 하는 行爲이고, 그 行爲로 인하여 政治的 能力이 提高되는 行爲를 말한다. 第3項은 憲法에 違反된다고 확인된 政黨을 보호하는 規定은 아니기 때문에 이 範圍를 넘는 경우는 第3項이 適用되지 않는다. 宣傳手段 또는 宣傳行爲가 第3項에 揭記된 目的에 공함과 同時에 禁止된 政黨을 위한 경우가 이에 해당한다.

藝術, 學問의 硏究 또는 學說의 報告에 공하는 것을 위장하여 禁止된 政黨 등을 宣傳하는 등의 行爲는 이에 해당한다.

五. 第83條 以下의 犯罪와, 第89條 以下의 犯罪와는 想像的 競合이 될 수 있다. 宣傳手段이 具體的 犯罪行爲(예컨대, 脫走)를 强要하는 것일 때에는 이 條文과 想像的 競合關係가 된다. 그 관계에 대하여는 第86條의 a에 대한 說明 참조.

六. 刑法의 地域的 適用範圍外에서 繼續的이고, 定期的으로 刊行되는 新聞 또는 雜誌에 일반적이고 공연하게 宣傳하는 行爲에는

第86條 第1項이 適用되지 않는다.

第86條의 a (違憲組織 標識의 使用) ① 1. 이 法의 適用地域內에서 第86條 第1項 第1號, 第2號 및 第4號에 揭記된 政黨과 結社의 標識를 頒布하거나, 集會 또는 自身이 頒布한 文書에서 공연히 使用한 者 또는

2. 그러한 標識를 明示하거나 포함하고 있는 物件을 第1號에 揭記된 方法으로 頒布 또는 使用하기 위하여 製作하거나 保管하거나 이 法의 地域的 適用範圍內로 搬入한 者는 3年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

②第1項에서 말하는 標識란 특히 旗, 徽章, 制服, 表語 및 人事形式을 말한다.

③第86條 第3項, 第4項을 準用한다.

一. 本 規定은 나치의 標識 또는 違憲이라고 宣言되었거나 禁止된 政黨 또는 結社의 標識의 使用과 頒布에 관한 規定이다. 本 規定은 國家危始犯(抽象的 危殆犯)으로 規定되어 있으며, 構成要件은 標識를 使用함으로써 禁止된 反國家的 結社가 現存한다는 認識이 增大되거나 그를 통하여 그러한 結社가 宣傳되는 것을 방지하는 데에 있다. 第21次 刑法 改正法에서는 禁止된 政黨 또는 結社의 標識를 頒布 또는 使用하기 위하여 禁止된 政黨 또는 結社의 標識를 明示하거나 포함하고 있는 物件을 製作, 保管 또는 搬入하는 行爲도 處罰의 대상으로 하였고, 頒布 또는 使用의 目的을 추가하였다.

二. 第1項 第1號의 客觀的 構成要件은 行爲者가 政治的 政黨等의 形象化된 標識를 使用 또는 頒布하는 것이다.

1. 標識의 槪念에 대하여는 第2項에서 例示的으로 規定하고 있다. 標識는 禁止된 組織의 具體化된 形象일 수도 있고, 抽象的으로 表現하는 것일 수도 있다.

예를 들면 편지에서 인사말로 '하이 히틀러' 또는 '밀도 이췜 그루스'(나치時代에 使用하던 인사말)라는 말을 使用함으로써 명백한 나치時代의 言語使用이라고 認識할 수 있게 하는 것을 들 수 있다. 第2項의 例示는 限定的인 것이 아니다.

例示된 것 以外에도 '히틀러 빌더(히틀러 사진)'와 같은 特定한 노래의 歌唱, 雜誌나 티 셔츠에의 그림등의 例를 들 수 있다.

2. 標識는 特定 政治的 組織을 나타낼 뿐만 아니라 特定한 政治的 意見을 암시하여야만 한다. 또한 第86條 第1項 第1號, 第2號 및 第4號에 揭記된 政黨 또는 結社를 위한 標識를 말한다. 따라서 나치 마크와 비슷한 모양 또는 나치 마크를 연상시키는 造形, 얼핏보아 나치 마크로 보이는 物件을 만드는 것 만으로는 이에 해당하지 않는다. 標識는 原標識와 同一하여야만 하는 것은 아니고 그 標識를 통하여 禁止된 組織을 인식할 수 있으면 足하다.

3. 行爲는 그러한 標識의 使用 또는 頒布이다.

a) 使用이라 함은 그러한 標識를 禁止된 政黨의 目的에 부합

한다는 事實을 알면서 明示하거나 利用하는 것을 말한다. 第86條의 a에 規定된 行爲는 抽象的 危殆犯이다. 그러나 行爲가 危險性을 내포하고 있음을 알면서 使用하여야만 하는 것으로 그 行爲가 國家를 위태롭게 하는 것을 目的으로 하고 있다는 事實을 이해하고 있어야 함은 法原理上 당연한 것이다. 따라서 공공연한 익살로써 人事形式의 使用, 축제에서 우스꽝스럽게 보이기 위한 나치時代의 의상, 違憲組織과 그 思想의 再建에 대한 警告를 위한 範圍內에서의 그 組織의 標識의 使用, 歷史 寫眞으로서의 使用, 또는 百科辭典等에서 政黨의 標識로서의 使用, 장난감에서의 나치마크의 表現等은 第86條의 a에 해당되지 않는다. 第86條의 a에 해당하는지 여부에 대한 基準은 聯邦通常裁判所 判決에서 찾을 수 있는데, 聯邦通常裁判所는 第86條의 a에 揭記된 使用 또는 頒布의 目的이 없는 보관에 대하여 構成要件 該當性을 否定하고 있다.

集會 또는 文書(第11條 第3項)의 頒布를 통하여 공공연히 使用되어야 한다.

b) 政治的인 의미가 없는 頒布는 第86條의 a에 規定하고 있는 可罰性이 있는 使用이 되지 않는다. 다만, 1個 밖에 없는 物件에 대한 競賣 또는 그 物件을 사는 사람의 個人的 價値에 의하여 비싼 價格으로 이루어진 賣買等은 頒布가 되지 않는다.

4. 行爲는 이 法의 適用範圍內에서 行하여져야만 한다. 그렇지 않은 경우에는 構成要件에 해당하지 않는다.

三. 第1項 第2號는 頒布 또는 使用하기 위하여 第1號에 揭記된 標識를 明示하거나 포함한 物件을 製作, 保管 또는 搬入하는 行爲를 頒布行爲로 規定하고 있다.

1. 製作이란 物件을 完全하게 만드는 것 즉 직접 또는 使用할 수 있을 만큼 完成하는 것을 말한다. 複製하는 것도 製作에 포함된다. 保管(貯藏)은 第184條(淫亂文書 頒布)의 그것과는 뜻이 다르다. 同條의 貯藏이란 다른 行爲의 準備로서 保管하는 것이지만, 本條項에서는 頒布 또는 使用할 目的으로 所持하는 것을 말한다. 搬入이란 第86條의 a의 地域的 適用範圍內로 物件을 들여오는 것을 말한다. 物件이 국경을 넘을 때 本罪의 旣遂가 되며, 搬入된 物件이 예정된 場所에 도착함으로써 搬入行爲는 끝난다. 行爲者가 직접 物件을 가지고 國境을 넘느냐 또는 그 委任에 의하여 다른 사람이 그 物件을 가지고 국경을 넘느냐는 관계가 없으므로 國境을 넘는 과정에서 그 物件이 行爲者의 保護아래 있는지의 여부는 本罪의 成立에 아무런 영향이 없다. 그 物件은 頒布 또는 使用하기 위한 것이어야만 한다.

2. 行爲는 第1項에 揭記된 方法으로 國內에서 頒布 또는 使用하기 위한 것이어야만 한다. 따라서 頒布의 目的이 없이 한 사람(예컨대, 蒐集家)에게 賣渡하기 위하여 보관한 경우에는 本條項이 適用되지 않는다. 그러나 行爲者가 자신이 頒

布 또는 使用하려고 하였는가 다른 사람으로 하여금 頒布 또는 使用시키려 하였는지 여부는 상관이 없다.

3. 同一한 物件에 대하여 여러가지의 頒布行爲(製作, 保管, 搬入을 말함)가 있었을 경우 그 여러 頒布行爲는 한 개의 行爲가 될 뿐이다(예컨대, 製作後의 貯藏). 行爲者가 製作等의 頒布行爲 후 자신이 目的하였던 바대로 그 物件을 頒布 또는 使用하였을 경우에도 1個의 行爲가 된다.

四. 國民啓蒙 기타 第86條 第3項에 揭記된 目的에 공하는 것은 第3項에 의하여 第86條 第3項이 準用되어 構成要件 該當性이 없어진다.

本 條項에 해당하는 경우의 예를 들면, 나치時代와 現在의 煽動方法의 比較, 政治漫畫, 記錄映畫 또는 藝術品의 製作, 映畫 또는 演劇場面等을 들 수 있으며, 第86條 第3項에 揭記된 目的과 類似한 目的을 위한 것으로는 나치時代에 發刊된 册의 賣買, 골동품 商店에서 골동품으로서 나치마크 모양의 장신구의 진열, 競賣對象物의 진열, 郵票蒐集等을 들 수 있다. 그러나 違憲組織의 標識를 이용한 惡意的인 商品宣傳, 國民啓蒙을 憑藉하여 나치시스템이 害가 없다는 점만 강조하는데 目的이 있는 경우 또는 藝術作品의 宣傳을 위한 標識의 使用등은 第3項에 해당되지 아니한다.

五. 主觀的 構成要件으로, 未必的 故意를 포함하여, 故意를 要한다. 第86條 第1項 第1號, 第2號의 경우에는 結社가 금지되었다는 事實까지 行爲者가 알고 있어야 한다.

六. 附隨的效果 및 沒收에 대하여는 第92條의 a, b참조. 結社法 第3條, 第28條와는 想像的 競合이 된다. 標識가 宣傳手段이 된 경우에는 第86條와 想像的 競合이 될 수도 있다.

第87條(怠業目的의 諜報活動) ①이 法의 適用地域內에서 行하여질 怠業行爲의 豫備를 위하여 다음 各號의 方法으로 이 法의 適用地域外의 政府·團體 또는 機構의 指示를 遵守함으로써 意圖的으로 또는 그 정을 알면서 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全 또는 憲法上의 諸原則에 반하는 計劃을 위하여 盡力한 者는 5年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

1. 위에서 列擧된 機關의 指示에 따라 그러한 行爲를 行할 準備를 하거나
2. 怠業의 對象을 탐지하거나
3. 怠業手段을 製作하거나 自己 또는 他人에게 供給·保管시키거나 他人에게 讓渡 또는 이 法의 適用地域內에 搬入하거나
4. 怠業手段의 貯藏을 위한 倉庫 또는 怠業活動의 根據地를 設置·維持·點檢하거나
5. 怠業行爲를 遂行하기 위하여 스스로 教育을 받거나 第3者에게 教育을 시키거나
6. 怠業行爲者(第1號 내지 第4號)와 列擧된 機關중의 하나와 連繫시키거나 이를 維持하는 것

②前項에서 規定한 怠業行爲는 다음 各號의 行爲를 말한다.

1. 第109條의 e, 第305條, 第306條, 第308條, 第310條의 b, 내지 第311條의 a, 第312條, 第313條, 第315條, 第315條의 b, 第316條의 b, 第316條의 e 第1項 第2號, 第317條 또는 第318條의 構成要件을 實現하는 行爲

2. 國防·戰爭危險으로부터의 市民의 保護 또는 綜合經濟를 위하여 중요한 企業의 經營이, 그 經營에 공하는 物件을 破壞·損壞, 除去, 變更 또는 使用不能하게 하거나, 經營을 위하여 提供토록 정하여진 動力을 탈취함으로써 妨害받거나 攪亂되는 기타의 行爲

③法院은 그 行爲者가 自意로 그 行爲를 抛棄하고 또한 그가 알고 있는 怠業行爲가 계속 妨害받을 수 있도록 適時에 職務官廳에 자신이 認識한 바를 表示한 때에는 위 各項에서 정한 處罰을 免除할 수 있다.

一. 이 規定은 國家를 위태롭게 하는 企圖範疇內에서의 怠業行爲의 豫備를 處罰하는데 그 目的을 두고 있다. 이 規定은 물론 한편으로는 諜報豫防的이고 다른 한편으로는 怠業이 直接的으로 준비해야 할 특정한 豫備行爲를 規制하고 있다.

二. 客觀的 構成要件은 行爲者가 특정한 方法으로 怠業行爲를 準備할 것을 特定機關으로부터 委任받아서 이 豫備行爲에 事實上 實行着手할 것을 전제한다.

1. 우선 前提되어야 할 것은 行爲者가 직접 혹은 이 法의 適

用地域 밖에 있는 政府·團體·機構의 中間媒介者를 통하여 자신의 行爲를 할 委任을 받았어야 한다. 그 委任이 第8次 刑法改正法律의 效力發生 이전에 받은 것이라면 行爲者가 지금 비로소 그 委任을 받아들이면 충분하다.

2. 그 委任은 이 法의 適用地域內에서 (第9條) 犯하여 지기로 되어 있는 怠業行爲의 豫備를 그 對象으로 해야 한다. 行爲者의 活動을 위하여 個別的 委任이든 一般的 指示든 不問한다. 그렇기 때문에 진정한 怠業行爲者든 個別事件의 기회에 委任을 받아들인 行爲者든 모두 포함한다. 怠業行爲는 個別的으로 委任받아야 하는 것은 아니므로 特定한 行爲對象·時間·충분한 行爲實現等과 관련하여 具體的일 필요는 없다.

3. 이러한 委任은 行爲者가 特定한 方法으로 따라야 한다.

1) 行爲者는 사실 列擧된 機關의 指示에 따라 怠業行爲를 犯할 준비를 함으로써 그 委任을 遵守해야 한다(소위 沈默怠業行爲者).

준비는 行爲者가 열거된 機關에 대하여 怠業行爲의 實現을 위하여 承諾의 뜻을 표할 것을 前提하고, 怠業行爲는 또한 나중에 비로소 또는 特定條件下에서 고려될 수 있다. 承諾한 準備는 이미 具體化된 怠業行爲를 포함하느냐, 단지 후에 承諾될 委任을 實現할 一般的인 承諾을 內包하느냐 또는 第2項에서 規定한 어떠한 怠業行爲를 對象으로 하느냐는 문제되지 않는다.

準備承諾으로써 構成要件은 이미 충족되는 것이다.

準備의 基準에서는 동시에 承諾한 怠業行爲의 準備가 存續할 것을 포함한다. 怠業準備行爲는 이러한 準備를 放棄함으로써 終了된다(繼續犯). 怠業行爲를 더 이상 準備하지 않으려는 意志를 外部로 表示하는 行動만으로도 準備의 放棄로 간주된다. 이러한 意思는 반드시 委任者에게 전달될 필요는 없다.

2) 怠業對象을 探索한 者도 處罰된다. 여기에는 技術的으로 精密한 工場의 所在地를 알아내는 것 또는 적당한 怠業對象에 관한 情報를 蒐集하는 것을 말한다. 行爲者가 스스로 探知行爲를 實現하여야 하는 것은 아니며 다른 사람의 情報를 蒐集하고 전달함으로써 충분하다.

3) 나아가서 怠業手段을 製作하고 自己 또는 다른 사람에게 供給·保管시키거나 他人에게 讓渡하거나 혹은 刑法의 適用地域 안으로 搬入하는 자도 處罰한다. 怠業手段이란 怠業計劃의 直接的 實現에 공하고 이를 위하여 定하여진 物件을 말한다.

4) 나아가서 怠業手段의 저장을 위한 倉庫 또는 怠業活動의 根據地를 設置·維持·點檢하는 자도 處罰한다. 倉庫란 怠業手段을 保管하기에 충분한 空間을 말하고, 根據地란 그 場所에서 怠業活動이 실현되기로 된 곳을 말하고, 또한 怠業活動 이후에는 行爲者들이 隱身할 수 있도록 정하여진 곳을 말한다. 倉庫나 根據地는 行爲者들에 의하여 設置·維持·點檢되어야 한다. 단순히 怠業活動을 위한 場

所를 怠業行爲者에게 提供해 주는 사람은 行爲者가 아니다. 이러한 行爲의 경우는 從犯이 문제된다.

5) 한편 怠業行爲의 犯行을 위한 教育도 포함된다. 스스로 教育받거나 第3者를 教育하는 者도 處罰되고, 그때는 被教育者가 1名이라도 충분하다.

6) 怠業行爲者와 위에 列擧된 機關을 連繫시키거나 이를 維持하는 者도 處罰된다. 이 規定을 통하여 中間媒介者가 規定되어 있는데 그 사람은 自己 스스로 1-5號의 行爲를 企圖하는 者가 아니라 怠業行爲者와 委任者間의 接觸을 이루어주는 사람이다. 連繫構成(Herstellen)에서는 특히 怠業行爲者의 募集이 이해될 수 있다. 어떠한 경우든 怠業活動에 관한 意思確信이 이루어질 경우에는 成功으로 결과되었음에 틀림없다. 관계를 유지하는 경우에는 接觸 繼續·指示의 傳達等이 問題된다.

7) 第1項에서 말하는 豫備行爲는 그것이 刑法의 適用地域內에서 이루어지는 活動을 통하여 犯하여질 경우에 第91條에 따라 處罰할 수 있을 뿐이다. 第87條에 따르면 예컨대, 外國에서 怠業活動의 犯行을 準備하거나 教育받는 사람은 處罰할 수 없다.

4. 第87條 所定의 怠業行爲로 간주되는 것은 第2項의 法的 定義를 통하여 確定된다. 計劃된 行爲는 적어도 構成要件 該當性이 있다.

1) 무엇보다도 특히 非政治的 犯罪 예컨대, 建物破壞·放火·

爆發物 犯罪를 포함하는 構成要件이 이 範疇에 속한다.

2) 나아가 國防·戰爭危險으로부터의 市民의 保護, 綜合經濟를 위하여 중요한 企業의 經營을 침해하는 行爲를 規制한다. 그 犯罪行爲가 第2號에서 規定한 結果를 惹起하는 모든 形態의 것이 이에 속하며, 그 行爲로는 處罰할 수 없으나 經營에 공하는 物件을 破壞·損壞·除去·變更 혹은 使用不能케 하고 혹은 經營을 위하여 필수적인 에너지를 奪取함으로써 이러한 結果를 일으키는 行爲도 이에 해당한다. 이러한 定義는 그것이 規制하는 行爲 에서는 第316條의 b 第1項에 相應한다. 그것은 第316條의 b 第1項에서 말하는 客體에 限定되지 않는다. 여기에서 말하는 企業이 私企業이냐 國營이냐 하는 것은 의미가 없고, 그러한 行爲를 통하여 實現된 一般의 違法이 중요하다. 그래서 財産關係는 중요하지 않다.

3) 刑法의 適用地域 內에서 犯하여질 그러한 怠業行爲가 문제된다. 이 規定은 獨逸聯邦共和國에 駐屯하는 나토(NATO)軍도 保護한다.

三. 主觀的 構成要件은 委任과 怠業豫備와 관련하여 故意를 요한다. 條件附 故意도 충분하다. 나아가서 行爲者는 自身의 行爲로써 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全에 반하는 또는 憲法의 基本原則(第92條 第3項)에 반하는 計劃(企圖)을 위하여 意圖的으로 또는 그 정을 알면서 盡力하여야 한다.

四. 共犯은 一般原則에 따라 處罰한다. 따라서 예컨대, 教材를 印刷

또는 傳達하는 자는 從犯을 構成한다.

五. 法院은 行爲者가 자신의 行動을 自意로 拋棄하고 알고 있는 바를 適時에 當局에 告知함으로써 자신이 그 計劃을 알고 있는 怠業行爲를 계속 沮止할 수 있게 된 때에는 處罰을 免除할 수 있다(第3項).

1. 장래의 行爲를 단순히 拋棄하는 것만으로는 行爲者에게 有利하게 되지 않으며 종전의 行動이 具體的인 危險을 發生시키지 않았을 때에도 같다.

그러한 限에서는 第87條는 第24條보다 엄격하다. 教育過程의 存續은 그 때문에 충분하지 않다. 오히려 모든 경우에 行爲者가 그 外에 當局에 자신의 行爲를 自意로 告知할 것이 필요하다. 그러한 限에는 第87條는 第92條 第2項의 規定과 相應한다. 怠業行爲者에 대하여는 다른 行爲者에 대한 경우보다 엄격한 規律이 妥當하다.

2. 行爲者가 特定한 怠業行爲의 計劃을 알고 있으면 그가 그것에 가담하였는가는 관계없이 第3項은 追加하여 適時에 自進申告를 할 것을 부담시키고 있다. 行爲者의 告知는 適時에 이루어져서 怠業行爲가 沮止될 수 있어야 한다.

六. 第88條와는 行爲同一性이 가능하며, 行爲者가 이러한 方法으로 團體를 위하여 "活動"하는 경우에는 第84條 以下와도 同一하다. 第99條와도 항상 行爲同一性이 問題된다.

第2項에서 말하는 犯罪行爲와는 항상 事實關係에 따라서 想像的 혹은 實體的 競合關係에 선다.

第88條(憲法에 反하는 怠業) ①어떤 集團의 主謀者나 背後操縱者로서, 또는 어떤 集團과 같이 혹은 그러한 集團을 위하여 行爲하는 것이 아니라 個人으로서 이 法의 適用地域內에서

1. 郵便 또는 公共의 交通에 공하는 企業이나 施設
2. 公共의 目的에 공하는 通信施設
3. 公共에 물, 빛(光), 熱 또는 動力을 供給하는데 공하거나 기타 國民의 給養을 위하여 重要한 企業이나 施設
4. 전적으로 또는 주로 公共의 安寧秩序에 공하는 職務官廳, 施設, 機構 또는 物件이

攪亂行爲로 인하여 全部 또는 部分的으로 機能을 발휘하지 못하거나, 본래의 目的을 達成하지 못하게 하고 또한 이로 인하여 意圖的으로 獨逸聯邦共和國의 存立 또는 安全에 반하거나 憲法上의 基本原則에 반하는 計劃을 위하여 盡力한 者는 5年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

②未遂犯은 處罰한다.

一. 第87條에 반하여 여기에서는 怠業行爲가 實行에 着手되고, 怠業對象과 관련하여 結果가 발생해야 하며 또는 그러한 限에서는 未遂犯(第2項)이 存在해야 한다.

第88條와 連繫되어 있는 國家的 危殆化는 이에 반하여 단지 이를 成就하려고 노력할 것을 필요로 한다.

이와 관련하여 行爲時에는 抽象的 危殆犯이 문제된다.

二. 客觀的 構成要件은 行爲者가 刑法의 適用地域內에서 攪亂行爲를 통하여 第1項에서 規定한 施設等이 제 機能을 하지 못하게 되거나 本來의 目的을 達成할 수 없도록 하는데 영향을 미칠 것을 前提로 한다.

1. 第88條의 特別保護를 받는 公共의 企業이란 郵便, 公共의 交通에 공하는 企業이나 設備, 通信施設 및 特定의 給養施設을 말한다.

1) 郵便과 交通施設(第1號)에 대해서는 第316條의 b를 참조하고, 第316條의 b에서 특히 規定하고 있는 鐵道(Eisenbahn)는 公共의 交通企業의 槪念에 포함된다.

私私로운 鐵道는 모든 사람이 손쉽게 使用할 수 있는 경우에 限하여 第1號에 포함된다. 公共의 交通에 손쉽게 공하지 아니하는 鐵道(예컨대, 工場鐵道等)는 第3,4號에서 規定한 目的에 합치하면 第3,4號에 해당할 것이다.

2) 通信設備(第2號)는 第317條를 참조하고, 公共의 給養企業(第3號)에 관해서는 第316條의 b를 참조.

3) 第4號에는 公共의 安寧秩序에 공하는 職務官廳施設,機構, 物件等이 規定되어 있다.

第316條의 b에 대비하여 保護客體로서의 職務官廳에 관한 補充的인 規定은 人間活動의 단순한 妨害도 構成要件을 충족한다는 것을 명백히 하고 있다. 그렇기 때문에 放送의 攪亂으로 職務官廳이 機能을 하지 못하게 하는 자는 構成要件 該當性이 있는 行爲를 하는 것이다. 第4號 所

定의 職務官廳은 全部 또는 주로 公共의 安寧秩序에 공해야 한다. 그러한 任務가 단순히 또는 附隨的으로 職務官廳에 義務지워진 경우에는 이로써 충분하지 않다.

2. 行爲者는 列擧된 施設(機構)이 完全히 혹은 部分的으로 機能하지 못하게 하거나 본래의 規定된 目的을 達成할 수 없게 영향을 미쳐야 한다. 이러한 結果는 오랫동안 繼續的일 필요는 없다. 一時的인 成功으로도 충분하나 전혀 사소한 경우는 제외된다.

1) 施設(機構)이 그것에 부과된 公共의 任務를 더이상 遂行할 수 없을 때 그 施設은 諸機能을 발휘하지 못하게 된 것이다. 行爲는 不作爲에 의해서도 가능하다. 특히 罷業의 경우에는 不作爲가 의미가 크다.

그 施設이 완전히 혹은 단지 部分的으로 作動하지 아니하느냐는 문제되지 않는다. 郵便이나 聯邦鐵道와 같이 支線이 많은 企業의 경우에는 特定部分의 進行이 固有한 意味가 있는 한 그의 不作動도 本條에 해당한다. 그래서 예컨대, 警察을 태우고 配置場所로 운전해가야 할 기차가 運行에 妨害를 받으면 충분하다. 職務官廳이 그 職務를 어려운 條件下에서만 成就할 수 있다거나 그 成就가 거의 實效性이 없다는 것만으로는 충분하지 않다.

2) 나아가서 企業이 본래 定해진 目的을 達成하지 못한다는 結果로 충분하다. 여기에서는 企業이 계속 作業은 할 수 있으나 그것에 賦課된 任務를 더 이상 實現할 수 없는 것

이다. 예컨대, 電話局이 더이상 正常的인 通信業務를 遂行하지 못하거나 放送局이 正常的인 프로그램을 放送하지 못하는 경우가 이에 해당할 것이다. 여기에는 部分的 成功도 충분하다. 본래 정하여진 任務를 部分的으로 더이상 遂行할 수 없는 경우에는 旣遂이다.

3) 構成要件은 단순히 行爲者가 攪亂行爲에 의하여 列擧되어 있는 하나의 結果에 영향을 미칠 것을 犯罪行爲로 規定하고 있다. 이러한 廣範한 規定으로써 財産的 損害를 惹起하는 行動과는 거리가 먼 行動들을 第88條 所定의 正犯으로 간주할 수 있어야 할 것이다.

行爲者가 어떠한 方法으로 이러한 結果에 영향을 미치느냐의 問題는 중요하지 않다. 이것은 예컨대, 第316條의 b, 第317條에서 規定하는 行爲에 의하여 일어날 수도 있다. 그러나 다른 手段, 예컨대 罷業·經營者에 대한 强制作用, 作業場 閉鎖(封鎖), 사정에 따라서는 심지어 出勤保留 등도 생각할 수 있다. 所定의 結果를 발생하지 아니하는 단순한 攪亂만으로는 충분하지 못하다.

3. 行爲者는 集團의 主謀者 또는 背後者로서 所定의 結果를 야기하거나 集團과 관계맺지 아니하고 이것을 個人으로서 犯하는 자일 수 있는 것이다.

1) 主謀者 또는 背後者에 관해서는 第84條를 참조.

犯行은 그러한 限에서는 순수한 身分犯이다. 主謀者 혹은 背後者가 아닌 사람은 集團과 관계를 가지고 共犯의 形態

로 犯行을 할 수 없다. 集團은 共同의 目的을 가진 多數의 사람들의 集合이다. 그 集合은 永久的일 것을 要하지 않으며 自意的일 필요도 없다. 그것은 具體的인 怠業行爲의 實現에 限定될 수 있다. 그렇지만 共同의 目的 때문에 集團意思의 形成이 필요한 것은 아니다.

2) 行爲者는 어떠한 集團과도 관계를 가지지 아니하는 個人일 수도 있다. 동시에 第88條가 主謀者 혹은 背後者가 아닌 集團의 한 構成員으로서 第88條 所定의 結果 중 하나에 영향을 미치는 가담자에 대하여 適用할 수 있는지 그리고 어떠한 條件下에서 適用할 수 있는지의 問題가 생긴다. 그러한 限에는 共犯의 성격을 정하는 아무런 基準도 規定되어 있지 아니하기 때문에 이들은 行爲者로 고려되지 아니한다. 行爲寄與(行爲加擔)는 단지 第27條(從犯)에 의해서만 파악될 수 있다.

3) 個人과 集團의 構成員이 언제 行爲하였는가를 個別事件에서 區別하기는 어렵다. 예컨대, 아무런 政治的 集團에도 속하지 아니하는 둘 혹은 세명의 行爲者가 行爲의 實行을 위하여 共同할 경우에는 "個人"의 槪念에도 불구하고 第88條에 따라 共犯으로 취급해야 할 것이다.

다른 경우라면 主謀者나 背後者가 없는 "集團"은 正犯의 行爲가 없으면 處罰할 수 없게 되는 부당한 結果에 도달하게 될 것이다.

第27條의 特典은 그 때문에 主謀者나 背後者가 있는 集

團의 構成員으로 行動하는 그러한 가담자에만 도움이 된다. 第28條 第1項(특별한 身分的 要素)은 동시에 適用될 수 없다. 主謀者性은 단지 특별히 危險한 行動만을 특징지울 뿐 人格的 不法要素는 아니다.

三. 攪亂行爲는 違法해야 한다. 예컨대, 抵抗權의 行使 혹은 工場閉鎖와 罷業의 경우에는 違法性이 결여될 수 있다. 行爲는 그것이 刑法의 適用地域內에서 犯하여질 경우에만 處罰된다. 그렇지 않으면 構成要件은 문제되지 않는다.

四. 主觀的 構成要件은 故意를 要하며, 그것은 특히 所定의 給養施設의 作動停止의 結果와 관련이 있어야 하고, 이러한 行動을 目的하고 행해져야 한다. 그 外에 行爲者는 자신의 行爲로써 意圖的으로 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全 혹은 憲法의 基本原則에 반하는 企圖를 위하여 盡力해야 한다.

1. 獨逸聯邦共和國의 存立과 安全 및 憲法의 基本原則에 반하는 企圖에 관해서는 第92條 第3項에서 설명한다.
2. 行爲者는 그와 같은 企圖를 위하여 "意圖的"으로 盡力했어야 한다.

第87條의 경우와는 달리 그 정을 알면서 努力하는 것만으로는 충분하지 않다.

一般的으로 "意圖的으로(absichtlich)"와 "그 정을 알면서(wissentlich)" 사이에는 이와 관련하여 區別이 될 수 있다면, 第87條에서는 行爲者가 자신의 寄與가 計劃(企圖)을 필요로 한다는 事實을(자신이 기여하려면 計劃企

圖해야 한다는 事實을) 확실히 아는 것으로 충분함에 반하여, 第88條에서는 行爲者가 企圖의 目的으로 特徵지워지며 이것은 自己自身을 위하여 企圖할 價値가 있다고 간주했을 것이라는 점에서 區別할 수 있다.

五. 未遂犯은 處罰한다. 第87條와는 事件形態에 따라서 想像的 혹은 實體的 競合이 문제된다. 第81條 이하와의 想像的 競合도 可能하다.

第89條(聯邦軍 및 公安機關에 대한 憲法에 반하는 作用)①
獨逸聯邦共和國의 安全과 憲法上의 秩序를 保護하기 위한 義務的인 準備(勤務)를 壞敗하기 위하여 聯邦軍 또는 公共의 公安機關의 所屬員에 대하여 計劃的으로 作用하고, 이로 인하여 獨逸聯邦共和國의 存立이나 安全에 반하는 또는 憲法의 基本原則에 반하는 企圖를 위하여 意圖的으로 盡力한 者는 5年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.
②未遂犯은 處罰한다.
③第86條 第4項은 이를 準用한다.

一. 本條는 聯邦軍과 公安機關에 대한 破壞를 규정하고 있다. 保護의 客體는 獨逸聯邦共和國의 安全과 憲法合致的인(憲法上의) 秩序이다. 意志의 自由(意思의 自由)에 대한 犯罪는 속해 있지 않다. 獨逸聯邦共和國에 주둔하는 나토(NATO)軍도 保護된다. 行爲場所(犯罪地)는 이 法의 適用地域內에 있을 필요가 없다. 第5條 第3號에 의하면 第89條는 國外犯의 경우에도(예컨

대, 外國에 주둔하는 獨逸聯邦共和國 軍隊의 所屬員에 대한 犯罪), 行爲者가 獨逸人이고 그의 生活根據地를 刑法의 適用地域內에 두고 있으면 適用된다.

二. 構成要件은, 行爲者가 聯邦軍隊 혹은 公安機關의 所屬員에 대하여 그들의 公的인 任務完遂를 위한 準備(勤務)를 壞敗하기 위하여 作用하는 것이다.

1. 聯邦軍隊 外에는 무엇보다도 警察과 국경수비대가 문제되지만 憲法守護廳 職員처럼 豫防勤務도 문제된다.

2. 行爲者는 安全과 憲法的 秩序의 保護를 위한 義務的인 準備(勤務)를 破壞하기 위하여 聯邦軍隊등의 所屬員에 대하여 計劃的으로 作用해야 한다.

1) 作用한다는 것은 여기에서는 被害者의 意思가 그로 인하여 特定한 한 方向으로 이끌어지는 모든 活動을 의미하며, 實質的으로 企圖된 敎唆에 對應한다.
이와 마찬가지로 作用은 成功할 것을 要하지 않는다. 그 作用이 다른 사람에게 영향을 미치기에 客觀的으로 충분하지 않았다는 것도 필요하지 않다.

그것을 目標로 하는 모든 活動이면 충분하다. 나아가서 그 作用이 공개적인가 비밀리에 이루어지는가(地下活動) 및 어떤 方法(印刷物, 說得등)이 동원되는가는 문제되지 않는다. 행위의 旣遂에는 作用의 手段, 예컨대 壞敗를 노리는 廣告物(宣傳物)이 受取人에게 到達할 것을 要求한다. 이에 반하여 受取人이 자기에게 配達된 것을 理解

하였다거나 그 內容을 認識하였는지 여부는 문제되지 않는다.

2) 그 作用은 計劃的으로 일어나야 한다. 行爲者는 自己 또는 다른 사람이 準備한 計劃에 相應하게 行爲해야 한다. 경솔하게 저지르는 自發的인 行動만으로는 충분하지 않다.

3. 作用의 目標는 聯邦共和國 또는 그 憲法上의 秩序保護를 위한 公安機關의 義務的인 準備(勤務)를 壞敗시키는 것이어야 한다. 이것은 또한 行爲者가 아직 다른 目的을 추구할 때라도 가능하다.

1) 第89條 所定의 安全은 聯邦共和國의 內的·外的 安全을 말하고 한편으로는 聯邦軍隊의, 다른 한편으로는 公安機關의 並立으로부터 발생한다. 憲法上의 秩序는 聯邦과 州의 憲法의 基礎가 되는 法原則의 總體를 말하며 그 原則은 公安機關이 존중해야 할 任務인 것이다.

2) 行爲者는 이러한 準備(勤務)를 壞敗할 것을 意圖해야 한다. 이에 따르면 行爲者는 자신의 作用으로서 義務的인 配置勤務를 방해하거나 害할 것을 目標로 해야 한다. 意圖는 一般的으로 配置勤務의 壞敗에 目的을 설정해야 한다. 行爲者가 단순히 個別的인 경우에 정해져 있는 義務를 違背하는 行動을 야기하려 할 때는 이로써 동시에 機關의 配置勤務에 一般的으로 영향을 미치지 아니하는 한 第89條는 適用될 수 없다.

3) 이미 정해져 있는 義務違背 또는 安保機關의 犯罪行爲가

確定되거나 行爲者가 命令拒否, 怠業(作業妨害)등을 할 것을 明示的으로 권유하거나 그러한 義務違背를 노렸다는 것은 要件이 아니다. 反抗心과 不滿을 야기하고 그럼으로써 公安機關을 더이상 믿을 수 없게 하는 意圖로 충분하다.

4. 行爲者는 나아가서 意圖的으로 聯邦共和國의 存立이나 安全 혹은 憲法의 基本原則에 반하는 企圖를 위하여 盡力해야 한다. 憲法의 原則에 반하는 것은 예컨대, 聯邦軍을 生業에 종사하는 國民을 통하여 命令權의 引受下에 民兵隊로 代替하는 要求를 목표로 삼는 것일 수 있다. 行爲者가 동시에 聯邦共和國의 存立이나 安全에 반하는 企圖를 위하여 그리고 憲法의 基本原則에 반하는 企圖를 위하여 盡力한다면, 이것은 量刑에서 고려되어야 한다. 出版物에 의한 作用일 경우에는 第89條에서 정한 意圖에 대한 證據物로서의 그 內容外에 情狀으로도 고려될 수 있다.

三. 未遂犯은 處罰한다. 第89條에서는 이미 企圖되어진 教唆의 特殊한 경우가 문제되기 때문에 未遂犯 處罰의 規定 때문에 可罰領域이 보다 넓게 擴張되어 있다. 未遂의 條件에는, 따라서 완전히 違法하지 아니한 行動을 분리하기 위하여, 嚴格한 要件이 충족되어야 한다.

四. 附帶效果와 沒收에 관해서는 第92條의 a·b·를 參照하고, 出版印刷物에 의하여 犯하여진 行爲의 訴追는 第89條에 의하면 短期出版時效의 制限을 받지 아니한다. 第86條 第4項은 準用된다. 그 責任이 輕微한 가담자의 경우에는 그 때문에

第89條에 따라 處罰이 免除될 수 있다.

五. 公安機關에 의하여 犯하여지는 犯罪行爲의 敎唆 또는 第30條와는 想像的 競合이 가능하다. 나아가서 第86條 以下, 第90條 이하 및 第109條의 d 와는 行爲同一性이 가능하다.

第92條(槪念規定) ①他國의 統治權에 의하여 獨逸聯邦共和國의 自由를 止揚하거나, 獨逸聯邦共和國의 國家的 統一性을 排除하거나, 獨逸聯邦共和國의 領土를 分離한 者는 이 法에서 말하는 獨逸聯邦共和國의 存立을 侵害한 것이다.

②이 法에 있어서 憲法上 諸原則이란,

1. 選擧와 投票에 있어서 그리고 특별한 立法機關, 執行權力 및 判決을 통하여 國家權力을 行使하고 또는 普通·直接·平等 및 秘密選擧로 國民代表를 選出하는 國民의 權利

2. 立法의 憲法秩序에의 羈束 및 執行權力과 判決의 法律에의 羈束

3. 議會制度에 따른 反對黨의 形成과 그 實行에 대한 權利

4. 國民代表에 의한 政府의 解體와 이에 대한 政府의 責任

5. 法院의 獨立

6. 專制 및 獨裁政治의 排除를 뜻한다.

③이 法에서,

1. 獨逸聯邦共和國의 存立에 반하는 計劃이란 計劃의 主體가 獨逸聯邦共和國의 存立을 侵害(第1項)하려고 努力하는 計劃

2. 獨逸聯邦共和國의 安全에 반하는 計劃이란 計劃의 主體가 獨逸聯邦共和國의 外的 또는 內的 安全을 侵害하려고 努力하는 計劃

3. 憲法上 諸原則에 반하는 計劃이란, 計劃의 主體가 憲法上 原則(第2項)을 排除하거나 效力을 喪失케 하거나 破壞하려고 努力하는 計劃을 뜻한다.

一. 이 規定은 法的 定義를 통해 第80條 이하의 解釋의 單純化를 試圖하고 있다. 이 規定에는 內亂罪와 그밖의 獨逸聯邦共和國의 存立에 대한 本質的 侵害(第1項), 여러 規定에서 발생하는 憲法上 諸原則(第2項) 및 확실한 反國家的인 計劃(第3項)이 定義되어 있다.

二. 第1項은 獨逸聯邦共和國의 存立에 대한 侵害의 槪念規定을 담고 있다. 이 規定은, 예를들면 第81條 第1項 第1號, 第88條 第1項, 第89條 第1項의 해석에 있어서 중요하다.

獨逸聯邦共和國의 存立의 侵害란,

1. 他國의 統治權에 의하여 獨逸聯邦共和國의 自由를 止揚하는 것을 말한다.

이러한 것은 다른 國家體制로의 合併을 통해서나 또는 保護令의 形態로, 從屬關係 혹은 國家的 獨立을 維持時는 소위 衛星國家가 形成되는 것이 있을 수 있다.

2. 獨逸聯邦共和國의 國家的 統一性을 排除하는 자이다.

예를 들면, 國家同盟形態로 變形시키거나 또는 州의 하나를

單獨主權國家로 變化시키는 것을 말한다.

3. 獨逸聯邦共和國에 속하는 領土를 分離한 자이다.

예를 들면, 獨逸聯邦共和國의 領土를 外國의 主權下로 넘겨 주는 것이다. 獨逸聯邦共和國의 國家權力을 委託하거나 또는 그를 위해 主權을 制限하는 國家間 共同體 또는 國際機構에 憲法上 秩序의 조화에서 생기는 參與는 獨逸聯邦共和國의 存立에 대한 侵害가 아니다.

三. 第2項은 政策上 刑法의 여러 경우에 대한 侵害가 構成要件徵表로서 適用되는 憲法上 基本原則下에 이해되어야 하는 것의 法的 定義를 規定하고 있다.

憲法上 諸原則이란

1. 國民主權主義와 基本法 第20條第1項에 適合한 權力分立 나아가서 普通·直接·自由·平等·秘密選擧에 의한 國民代表의 選擧(第1號)
2. 憲法 第20條 第3項에 適合한 法治國家의 原則(第2號)
3. 議會制度에 따른 反對黨의 形成 및 그 實行權(第3號)

예를 들면, 一黨 國家體制로의 試圖는 이에 반하는 것이다.

4. 行政府의 議會에 대한 責任(第4號)

다시 말하면 憲法에 있어서 議會와 行政府間의 관계에 관해 確立된 權力의 基本原則을 말한다. 基本法 第65條, 第115條에 의한 命令, 指揮權 역시 國民代表에 대한 責任의 領域에 속한다.

5. 法院의 獨立(第5號)

6. 獨裁와 專制政治의 排除(第6號). 이 規定은 말하자면 自由民主主義 基本秩序에 속하는 總括的 一般規定을 나타내고 있으며 第1號 내지 第5號에서 열거한 基本原則의 가장 큰 部分을 포함하고 있다. 人間의 尊嚴性에 반하는 措置를 하거나 立法 또는 國家行政을 통해 少數民族의 權利制限과 毁損의 경우에는 專制政治에 속하는 것이다.

決定的인 國家官職을 맡은 個個人이 基本權을 輕視하지 않거나 憲法精神에 반하여 行動하지 않는다면 專制 및 獨裁政治는 거의 발생할 수 없다.

四. 第3項은 刑法의 각종 行爲에 대한 助長이 特定行動形態의 反國家的 特性으로 나타나는 여러 計劃에 관한 法的 定義를 내리고 있다.

反憲法的 計劃의 主體는 行爲者 이외의 다른 사람이어야만 한다. 行爲者가 다른 사람과 함께 이 計劃을 遂行하는 것만으로도 족하다. 이에 반해 단지 자기자신의 計劃을 遂行하려고 하는 個別 行爲者는 規制되지 않는다. 計劃이 구체적으로 존재할 필요는 없다. 이 計劃을 수행하는 사람과 階層은 反國家的 結果의 故意를 가지고 해야 하지만, 狀況에 따라서는 그의 行爲가 이 計劃을 수행하고 있다는 것을 확실히 認識하는 것만으로도 충분하다.

1. 獨逸聯邦共和國의 存立에 반하는 計劃이란 計劃의 主體가 獨逸聯邦共和國의 存立 즉 國際法上의 主權 또는 領土的 存立을 侵害하려고 努力하는 計劃이다.
2. 獨逸聯邦共和國의 安全에 반하는 計劃이란, 計劃의 主體가